µ ----------------------------------

µ

من المعلوم أن الإنسان لم يخلق عبثا و اعتباطا على وجه الأرض ، إنما خلقـه الله عز و جل من أجل القيام بالتزام مفروض عليه و مجبور كذلك ، إذا ما أخـلّ به سئل عنه ، فهذا الفـرد و هو يقوم بهذه المقاصد المفروضة عليه يعيش حياة يومية تتعدد فيهـا صـور التزاماته – واجباته – حتى تكون له بالمقابل حقوقا.

فمنذ أن يستيقظ هذا الفرد إلى أن يخلد للنوم و هو في مدار التزامات رتبهـا عليـه الشّارع الحكيم من جهة ، و مسير في هـذه الحياة ليتأقلم في جوها و يعمل للوصـول إلـى تحقـيق مآربه و بدون شعور منه و هو يقوم بتنفيذ التزاماته المتعددة تكون الإرادة النابعـة منه مصدرا لتحقيق هذا الالتزام.

و لربما أن هذا الفرد يقوم بإبرام عدة عـقود , نظـــمت القواعـد القانونيـة بعضها و أعطت لهذه العقود إسما فأعطاها المشرع الجزائري بعضه من الأسامي كعقد البيع و عقد الإيجار ، المقاولة الوكالة ، الوديعة،... و لم يسم البعض الآخر لربمـا أن المشـرع الجزائري لم يجد لها إسما ، أو أنه لم يواكب التطور القانوني في إيجاد تعريف لبعض العقود على الرغم من أن تعريف الشيئ هو أساس معرفته حتى يتسنى للفرد بصفة عامة و الـذي يفقه القانون بصفة خاصة من معرفة طبيعة الالتزامات و ماهيتها حتى يجـد حـلا لفـض النزاعات بين أطراف هذا العقد غير المسمى.

يقال في المصطلح العام أن كل شيئ يهون في مشوار الحياة التي سخّرت لهذا الفرد و أن " الصحة هي الصح " ، فهل سعى هذا الفرد في مشوار تنفيذ التزاماته إلى خلق عقـد يبرم بينه إذا ما أصابه مرض أو علّة أصابت جسمه أو أراد أن يخفف مـن آلامـه قِـبل صاحب المعرفة الذي أخضعته ضوابط حددتها القواعد القانونية و هي التزامات الطبيب الذي يسعى إلى تحقيق رسالته في بذل العناية اللازمة في تحقيق غاية هي شفاء المريض أو إزالة الآلام عليه أو على الأقل التخفيف من حدة مرضه [1].

و لعلّ الأمر في عدم إدراج العقد الطبي ضمن العقود المسماة يرجع إلى عدم وجود تسمية لمثل هذا العقد أثناء ترجمتنا للتقنين المدني بوصفه الشريعة العامة غداة الاستـقلال ، و لا حتى الإشارة إليه في القوانين الخاصة ؛ ضف إلى ذلك عدم وجـود أحكـام قضـائية استحدثها القضاء في تحليل العلاقة الموجودة بين الطرف الضعيف في العلاقة العقدية قِـبل مداوي الأسقام – الطبيب –.

و تبدو حساسية هذا الميدان من خلال اتصاله بالجسم الإنساني و ما يقتضيه ذلك من احترام و تقدير[2] , و لعلّ أن الالتزام قد يجد له مصدرا آخر غير إرادي يتمثّل في العمـل

---

[1] : أنظر : المادة : 07 من المرسوم التنفيذي رقم : 92-276 المؤرّخ في 05 محرّم 1413 هـ الموافق لـ 06 جوان 1992 م المتضمن مدوّنة أخلاق الطب.

[2] : أنظر : محمد حسين منصور. المسؤولية الطبية .الإسكندرية. دار الجامعة الجديدة للنشر.ط:1989 . ص05.

غير المشروع الذي قد يصيب أي فرد ، فيـلزم من تسبب في حدوثه بإيقاع الضرر للغير ، و كانت هناك علاقة سببية بين الخطأ و الضـرر المباشر الذي أصاب الطرف الآخـــر ، و عليه يولّد لنا ما يسمى بالمسؤولية المدنية بشقيها : التقصـيرية التي تخص الأطباء سواء كانوا تابعين للمستشفيات العامة – و فيه تقام مسؤولية المستشفى العام صاحب السلطة الفعلية في التوجيه و الرقابة عن الخطأ الذي ارتكبه الطبيب بوصفه خطأ شخصي في صورة خطـأ جسيم أو فادح أو غير عمدي مرتكبا خارج وظيفته بالمستشفى ، أو خطأ تأدية الوظيفـة أو بسببها و مدى اختصاص القاضي في تفعيل سلطته التقديرية بوصفه لجسـامة الخطـأ مـن عدمها – و للمستشفيات الخاصة إذ لم يكن يتصور أن يسأل الطبيب عن خطئه ؛ لكـن مـع استقرار مبادئ المسؤولية المدنية أصبحت المسؤولية ترقى إلى المساءلة حتى على الإهمـال و الأخطاء الجسيمة, و لعلّ الفضل يرجع دوما إلى القضاء الفرنسي الـذي اعتمـد قـرار " مارسيي " المؤرخ في 20 ماي 1936 الذي أصبح يقيم المسؤولية الطبية في جانبها " العقدي " الذي يسهل للقضاء إناطة المسؤولية الطبية لهدا المعالج و وضعه لحيثية يعرف فيها طبيعة العلاقة التي تربط المريض بالطبيب

.[1] *" attendu qu'il se forme entre le médecin et son client un véritable contrat … "*

إذن : أصـبح لدينا عقـدا استلهمنا من تعريفه قيـام أساس المسـؤولية المـدنية بوصفها : عقدية ، و عليه: رتـّبت و وضعت طبيعة الالتزامات المفروضة على المـريض ثم الالتزامات المفروضة على هذا الطبيب بوصف الطرفان تحت مصدر من مصادر الالتزام و هو " العقد الطبي " و الذي سوف أتناوله مبرزا أهمية هذا الموضوع لعلاقته بحياة الإنسان و سلامة جسده و التي بحت منها حناجر المنددين بذلك من منـابر المـؤتمرات و صـفائح المقالات و الدواة التي سالت عن صحائف التقنينات الدولية و الوطنية سعيا منها إلى تجسـيد قدسية هذا الإنسان , إلى جانب طبيعة الالتزامات التي يتحملها الطبيب أمام مساهمة العديـد من الطاقم الطبي في معالجـة المـريض مـن جهـة و إلـى تطـور الأجهـزة و الآلات و من المسؤول عنها و أي من قواعد المسؤولية التي تكون واجبة التطبيق.

حتى أحاول الإلمام بالموضوع إجمالا سأبدأ بطرح الإشكالية الآتية : كثيرا ما يخفق المريض أو الطبيب في الإصابة فيطرح قواعد مؤسسة تسمح له بالدفع في عدم تنفيذ التزامه و من ثم استبعاد مسؤوليته ، فلا موت المريض و لا إخفاق الطبيب فـي نجـاح العمليـات الجراحية و إيجاد الدواء للداء المشخّص بضوابط علمية ، يعد طلبا مستجابا إذا مـا الـتمس أمام القضاء و لا دفعا مستجابا إذا التمس كذلك لعدم تأسيسه , و أمام أهمية معرفة هذا العقد و معرفة آثاره نقول : ماذا نعني بالعقد الطبي غير المنظم في القواعد العامة و الخاصة فـي التشريع الجزائري ؟ و ما مدى مساهمة القضاء في إبراز كل من مسؤولية الطبيـب قـبل المريض ؟ و هل هناك مجالا للحديث عن مسؤولية المريض قِبـل الطبيب و أمام مسؤولية مدنية بوصفها العقدي ؟ كيف يتم جبر الضرر بمقابل التعويض علما أن هذا العقد ينصب على جسم الإنسان بوصفه أعظم مخلوق على وجه الأرض ؟ و ما محل إرادة المريض من جهـة و التزام الطبيب بخصوص المسائل الجديدة المستحدثة حتى يمكن أن يواصل هذا الفرد حياته محتفظا و متمتعا بكل حواسه و يحقّـق مقولته : الصحة هي الصح ؟

CASS. CIV 20 mai 1936 . D.P -1-88.note matter : [1]

وددت عند تناولي لهذه الإشكالية طرح الموضوع ضمن فصلين ، أتناول في الأول منه ماهية العقد الطبي و تكوينه مبرزا دور الإرادة في تكوينه, أما الفصل الثاني فأتناول فيه آثار العقد الطبي مبرزا التزامات كل من المريض قـبل الطبيب و الطبيب قـبل المـريض موضحا فكرة المسـؤولية الطبية أثناء قيام العـقد و تنفـيذه ثم إنهائه ، و كيفـية جبـر الضـرر و تعويضه ، علّني أكون ببحثي لهذا الموضوع مفيـدا سـيما للمتقاضـين الـذين أصبحوا بوعي جديد لهم حق مساءلة الطبيب الذي – في اعتقاد المتقاضي غالبا – لـم يقـم بتنفيذ التزاماته أو قام به على وجه ناقص سواء بوصفه رافع للدعوى بنفسـه أو لذويـه ، مبرزا في ذلك نوع و طبيعة الخطأ المسبب للضرر الواجب جبره.

الفصل الأول : مفهوم العقد الطبي ، خصائصه و أركانه

إن الدخول ضمن علاقة طبية سواء كانت عقدية أم تنظيمية ترتّب على عاتق الطبيب التزاما رئيسيا بالعلاج [1] و نجد هذه العلاقة بوضوح أكثر عندما يذهب المـريض لطبيـب معين بالذات يعمل لحسابه الخاص و بمفرده داخل عيادته الخاصة , فإذا وضع الطبيب لوحة على باب عيادته يكون بذلك في حالة إيجاب في مواجهة الجمهور ، و ينتظر لكي يتقدم أحد الأفراد ليقبل هذا الإيجاب فينشأ بينهما عقد يعرف بـ : " العقد الطبي " أو مصـطلح عقـد العلاج [2] , فعرفه الأستاذ " عبد الرشيد مأمون " أنه : " تلك المرحلة التي يتم فيها اسـتعمال الوسائل الممكنة من أجل الوصول بالمريض إلى الشفاء قدر المسـتطاع " ؛ و عـرف أنـه " اتفاق بين الطبيب و المريض على أن يقوم الأول بعلاج الثاني في مقابل أجر معلوم" [3] .

---

(1) : أنظر : Lucien Accad et Marys Caussin Zane. Op.cit. p93

(2) : أنظر عبد الرشيد مأمون . عقد العلاج بين النظرية و التطبيق . القاهرة . دار النهضة العربية .1986. ص 13.

(3) : عبد الرزاق السنهوري . الوسيط في شرح القانون المدني الجديد. الجزء السابع. المجلد الأول. العقود الواردة على العمل . الطبعة الثالثة الجديدة . منشورات الحلبي الحقوقية. بيروت . 1998. ص18.

المبحث الأول : الطبيعة القانونية للعقد الطبي

لقد كرس القضاء الفرنسي التزام الطبيب بالعلاج لأول مرة في القرار الشهير لمحكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 20 ماي 1936 بوجود عقد حقيقي بين الطبيب و عميله يتضمن التزاما بإعطائه علاجا أمينا يقضا ما لم تكن هناك ظروف استثنائية.

فرغم تكفل المشرع الجزائري بالمهنة الطبية بعد الاستقلال ، و تقنينه لأحكام تضبط ممارسة المهنة و سلوك الأطباء و الصيادلة و جراحي الأسنان على السواء , من خلال إصداره للقوانين و المراسيم ، فإنه لم يعرف العقد الطبي ، بل اكتفى بذكر أهداف العلاج التي حصرها في [1] :

- الوقاية الصحية ؛
- تشخيص المرض ؛
- إعادة تكييف المرض و التربية الصحية.

إلا أن القضاء الفرنسي ذهب في تعريفه للعلاج أنه " كل إجراء يؤدي إلى الشفاء من المرض أو التخفيف من الحالة المرضية " [2] ، و لربما الشيئ الصعب في تحديد الطبيعة القانونية للعقد الطبي يرجع إلي عدم احتواء القانون المدني لأحكام خاصة به و لا يمكن مماثلته بالعقود المعروفة ، و أن هذا أدى بالفقه للاختلاف نحو جانبين :
فالأول يربط العقد الطبي بعقد من العقود المعروفة و المسماة في القانون المدني ، في حين ذهب جانب آخر إلى اعتبار العقد الطبي بأنه عقد غير مسمى و ذو طبيعة خاصة.

المطلب الأول : العقد الطبي عقد وكالة

" مما لا شك فيه أن الخدمات التي يؤديها أصحاب المهن الحرة إنما تخضع في حقيقة الأمر لأحكام عقد الوكالة و ليس لأحكام عقد إيجار الأشخاص ، و من هذه الخدمات تلك التي يؤديها لنا الأطباء " .

---

(1) : أنظر : المادة : 08 من القانون رقم 85-05 المؤرّخ في 16 فبراير 1985.جريدة رسمية رقم : 08 المتعلقة بحماية الصحة و ترتيبها.
(2) : أنظر : Cour de Paris. 11 mars 1935. Gaz Pal 1935-1-825

إن هذا القول الذي جاء به الفقيه " بوتييه *Pothier* " [1] والذي تأثر بفكرة تاريخية ضمن فيها مهنة الطب لباقي الحرف اليدوية التي تدر على ممارسها ربحـا ، و لـيس مـن المانع ما يحجم المريض عن تقديم هبة لطبيبه ، حيث و الحال هكذا فإن هذا الـرأي وجـد مقابلا له نظرا لعدم جديته و عدم تأسيسه ، كذلك كون : أن محلّ عقد الوكالة يعـد تصـرفا قانونيا و أن المشرع الجزائري عرفه في المادة 571 ق م ج أن الوكيـل يتصـرف باسـم الأصـيل و نيابة عنه فيبرم التصرف باسمه و لصالحه ؛ و إذا طرحنا هـاتين الخاصـيتين على العقد الطبي فلا نجد لهما محلا بتاتا ، كون :

- ما يجب معرفته أن العلاج أو التطبيب ليس بعمل قانوني و إنما هـو عمـل مادي و أنه يستحيل أن يقوم الطبيب بعمل باسم المريض .
- ما يجب معرفته أنه لا وجود لفكرة أعمال يدوية يحكمها عقد إيجار الأشخاص و أعمال عقلية تخضع لعقد الوكالة لتأثير أصحاب هذا الرأي بالفكر الروماني القديم.
- ما يجب معرفته أن عقد الوكالة يعد من العقود المجانية ، و هذا مـا نصـت عليه المادة : 581 من التقنين المدني الجزائري الفقرة الأولى " الوكالة تبرعية مـا لم يتفق على غير ذلك صراحة أو يستخلص ضمنيا من حالة الوكيل " بمعنـى أنـه يجوز للوكيل التنازل عن الوكالة لو وجد اتفاق يخالف ذلك ؛ أمـا مهنـة الطبيـب المنظمة من قبل المشرع الجزائري فهي تجيز و تمكّن الطبيب و جراح الأسـنان أن يتحرر عن مهمته بشرط أن يضمن مواصلة العلاج للمريض ، و هذا هـو فحـوى المادة 50 من مدونة أخلاقيات الطب.

المطلب الثاني : العقد الطبي عقد مقاولة

" إن العقد مع الطبيب هو عقد مقاولة في الغالب ، إذ هـو اتفـاق بـين الطبيـب و المريض على أن يقوم الأول بعلاج الثاني في مقابل أجر معلوم , و العلاج عمـل مـادي و لا ينفي ماديته أن يكون عملا عقليا، فهو إذن ليس بتصرف قانوني و من ثم تتوفر مقومات عقد المقاولة في هذا الاتفاق ... " .

إن هذا القول الذي جاء به الفقيه " عبد الرزاق السنهوري " [2] و نهج هذا الأخيـر لهذا الرأي ليس باعتباره العقد الطبي يخص كل المقاولات ، بل أن مقاولة الطـب إن صـح التعبير تنحصر في أن المقاول يلتزم بتحقيق نتيجة عكس الطبيب الذي يسعى ببـذل العنايـة اللازمة لشفاء المريض هذا من جهة, و من جهة أخرى يلتزم الطبيب بتقديم العلاج للمريض بنفسه نظرا للاعتبار الشخصي الذي يقوم عليه عقد العلاج، و ليس له أن يعهد بهذا العمـل إلى غيره من الأطباء في حين أن المقاول يستطيع أن ينفذّ العمل بواسطة مقاول آخـر مـن الباطن.

---

[1] : أنظر : Pothier: traite du contrat de mondat T. VI.p 96
[2] : عبد الرزاق السنهوري : مرجع سابق . ص 18.

كما ينقضي العقد الطبي بوفاة المريض أو الطبيب ذاته ، في حين لا تنتهي المقاولة بموت المقاول و ما على ورثته إلا أن يستمروا في العمل الرامي إلى تحقيق نتيجة ، في حين لا يمكن لورثة الطبيب الاستمرار في تنفيذ الالتزامات ؛ كذلك فإن مهنة التطبيب في حد ذاتها تخرج عن كونها عملا تجاريا مثل المقاولة التي تعد كذلك حسب موضوعها [1]

كما يختلف العقد الطبي عن عقد المقاولة و هذا ما يحدث نادرا إذ قد تنتهي العلاقة التعاقدية بين طرفاه إذا ما فقد المريض ثقته في الطبيب و حق لهذا الأخير إنهاء العلاقة مع مريضه كذلك [2] إلا في حالة إسعاف مريض يواجه خطرا وشيكا [3] .

هذا بالإضافة إلى أن عقد المقاولة ينصب على أعمال مختلفة عن العمل الحر الذي يكتسي طابع فكري.

المطلب الثالث : العقد الطبي عقد عمل

لعلّ المشرع الجزائري و رغم كثرة القوانين التي نصت على تنظيم علاقات العمل و محاولات في وضع و سن التشريعات لفض النزاعات الفردية و الجماعية التي تحدث بين رب العمل من جهة و العامل أو المستخدم من جهة أخرى لم يستطع وضع تعريف لهذه العلاقة العقدية للعمل ، و لربما اكتفى بوجود تعريف للعقد في التقنين المدني – المادة 54 منه – و أننا إذا أحدثنا إسقاطا لعقد العمل نجد أن أركانه تقتضي توافر الأجر و المدة و العمل بالإضافة إلى تبعية العامل لرب العمل صاحب الإشراف و المراقبة ، و أن عنصر الإشراف و المراقبة و الخضوع للتبعية يبرز الاختلاف بين العقدين إذ يختلف مركز الطبيب القانوني حول ما إذا كان هذا الأخير يعمل لدى مرفق قانوني كأن يكون عاملا لحساب شركة أو مصنع من جهة و الطبيب الذي يكون يعمل لدى مستشفى أو عيادة خاصة .

ففي الحالة الأولى عندما يرتبط بعقد مع شركة فإذا تنقّل العمال إلى عيادته الكائنة داخل الشركة أو المؤسسة من أجل العلاج فمركز الطبيب القانوني هو خضوعه التام للتبعية الإدارية و التنظيمية .

أما في الحالة الثانية فعندما يرتبط بعقد عمل داخل مستشفى خاص أو شركة تعاقد معها فقد تعاقد مع أشخاص ليس لديهم إلمام بمهنة الطب و عليه فإن التبعية المتعلقة بالتشخيص و الوقاية و العلاج غير متوفرة ، و إن وجدت تبعية إدارية و تنظيمية بين الشركة أو المؤسسة المستخدمة.

ومع ذلك ، فإن العقد الطبي لا يمكن أن يكون عقد عمل و لو توافرت التبعية التنظيمية مادام الطبيب مستقلا في تحديد أشكال العلاج التي يراها ، ليبقى الطبيب دائما خارج سلطة رب العمل سواء من ناحية الرقابة أو من ناحية الإشراف أو التوجيه.

---

[1] : أنظر المادة : 02 من الأمر رقم : 75-59 المؤرّخ في 26 سبتمبر 1975 تتضمن القانون التجاري.
[2] : أنظر : المادة : 42 من المرسوم التنفيذي رقم : 92- 276. مرجع سابق.
[3] : أنظر : المادة : 09 من المرسوم التنفيذي رقم : 92- 276. مرجع سابق.

و من الملاحظ أنه لا يمكن نفي الرابطة القانونية التي تجمع الطبيب و بين من يعمل لحسابه, إذ أننا لو سلّمنا أن التبعية القانونية تتحقق بمجرد وجود رابطة تنظيمية و إدارية دون المساس بالاستقلال الفني للطبيب جاز تكييف علاقة الطبيب بالشركة أو المستشفى الخاص على أنها علاقة عمل.

لكن لا يمكن تصور عقد عمل دون وجود تبعية قانونية من جانب العامل أتجاه صاحب العمل ، كذلك لا يوجد عقد طبي دون وجود استقلال كامل للطبيب , هذا و قد أقر التشريع منع خضوع الطبيب للرقابة و التوجيه و الإشراف من جانب صاحب العمل و عدم جواز تخلّي الطبيب عن استقلاليته المهنية تحت أي شكل من الأشكال [1] , و لعلّ الطبيب الذي يؤدي عمله في عيادته الخاصة أو مستشفى خاص يملك من الحرية ما يمكّنه من تحديد أوقات عمله و تنظيم أدائه و تحديد أتعابه ، حيث لا تبعية و لا خضوع فهو مستقل إداريا ، تنظيميا و فنيا ، و لا يتلقى من المريض أية أوامر ، و عليه ينتفي وصف العقد الطبي بعقد العمل بتاتا.

المطلب الرابع : العقد الطبي عقد إذعان

" إن المريض الذي ينصاع للعقد الطبي و يخضع لما يراه الطبيب مناسبا له يطلق يد الطبيب في عمل ما يراه أنسب لجسمه و جسده و أن حالة عدم المساواة الطبيعية تؤدي حتما إلى عدم المساواة القانونية ".

إن هذا الرأي الذي جاء به الفقيه " روني سافاتيي " الذي يجعل فيه الطبيب صاحب المعرفة و الدراية فهو الذي يهيمن على العلاقة التعاقدية فلا يشاركه المريض في تحديد نتيجة الفحص و التشخيص و تقرير الدواء المناسب فهو يقع بشكل سلطة أبوية [2] .

إلا أننا إذا جئنا لتعريف عقود الإذعان نجدها :
من حيث الطبيعة القانونية : أن طرفا فيه يقوم باحتكار السلعة التي تكون ضرورية يحتاج إليها كل فرد, فغالبا ما يكون هذا الطرف المحتكر ذا سلطة (الدولة أو شخصا طبيعيا ذا نفوذ غير متناه) ، فيلزم محتاج السلعة الضرورية المحتكرة إلى اللجوء إلى هذا الطرف حتى يلبي حاجته ، في حين أن العقد الطبي هو عقد يقوم على أساس الحرية في اختيار الطبيب و نصوص التشريع دالة على ذلك حيث نصت المادة 44 من مدونة أخلاق الطب على أنه " يخضع كل عمل طبي فيه خطر جدي على المريض لموافقة المريض موافقة حرة ... " فالمريض عندما يتوجه للطبيب بغية طلب العلاج يكون ذلك بمحض إرادته بعيدا عن كل تأثير أو ضغط ، و أن هدف المريض هو الشفاء و هو اعتبار أساسي يحمل المريض على قبول أو رفض العلاج [3] فهو يقوم بالتالي على توافق الإرادتين.

---

[1] : أنظر : المادة : 10 من المرسوم التنفيذي رقم 92- 276 . مرجع سابق.
[2] : Le paternalisme médical
[3] : أنظر : علي فيلالي . رضا المريض بالعمل الطبي . المجلّة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية . عدد:03 . جزء:36 ص 52.

أما إذا جئنا لمعالجة موضوع عقد الإذعان فهو مـرتبط بسـلعة أو خدمـة تكـون ضرورية يحتاجها كل الناس ، في حين أن محل أو موضوع العقد الطبي ليس مرده سلعة أو خدمة بل يتعلق بجسم الإنسان , بالإضافة إلى الهدف من عقود الإذعان هـو إثقـال كاهـل الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية ؛ العقد الطبي المريض فيه يرجى شفاؤه ليس إلا.

كذلك نجد اتساع الهوة حول وصف العقـد الطبـي أنـه عقـد إذعـان ، فحـوى المادة : 110 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه : " إذا تـم العقـد بطريـق الإذعان و كان قد تضمن شروطا تعسفية ، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط ، أو أن يعفي الطرف المذعن منها و ذلك وفقا لما تقضي به العدالة ، و يقع باطلا كل اتفاق على خـلاف ذلك ".

فيجوز للقاضي أن يعدل الشروط الخاصة بعقد الإذعان و له سلطة تفسير العبارات الغامضة سواء كان الطرف المذعن دائنا أم مدينا ؛ و هي الأحكام التي لا تنطبق على العقـد الطبي.

المطلب الخامس : العقد الطبي عقد غير مسمى و ذو طبيعة خاصة

إن دراستنا للنظريات التقليدية المذكورة أعلاه لم تعط التكييف الصـحيح للعـ ـ ـقد الطبي ، و لربما أن علّة الاختلاف تكمن في النظر من زاوية وحيدة للعقد الطبي دون النظر من زوايا أخرى مما أدى إلى فشل النظريات ، و لعلّ جمع كل العناصر السالفة الـذكر قـد يعطي الطبيعة القانونية للعقد الطبي .

و بنظرنا إلى القوانين المنظمة لمهنة الطبيب – بما في ذلك الصـيدلي و الجـراح و طبيب الأسنان – نجد أن المشرع ركّز على إبراز التزامات المتعاقدين و خاصة الطبيب ، فرغم وجود التزامات تعاقدية متقابلة و متبادلة, وضع التزاما علـى عـاتق الطبيـب فـي بذله العناية – ليس في كل الأحوال بل قد يصـبح التزامـا بتحقيـق نتيجـة – عمومـا – كونه يعامل اعتبارات شخصية وضع المريض نفسه قـبل هذا الطبيب الذي اختاره - بعيدا عن كل إذعان – لإبرام عقد مدني مهني على أن لا تمارس مهنة الطب و جراحة الأسـنان ممارسة تجارية [1] .

و لربما أن عدم إدراج المشرع الجزائري العقد الطبي ضمن قائمة العقود المسـماة يرجع إلى رؤية القضاء الفرنسي لهذا العقد نظرا لذاتيته و استقلاليته مما يصعب جعله ضمن العقود المسماة ؛ و قد أخذت محكمة النقض الفرنسية بهذا التكييف في الحكم الصادر بتاريخ 1937/07/13 ، و لعلّ مرد عدم تسمية العقد الطبي يرجع إلى صعوبة تكييفه ، و أن العقد

---

[1] : أنظر : المادة : 20 من المرسوم التنفيذي رقم : 92- 276 . مرجع سابق.

الطبي عقد من نوع خاص نظرا للظروف الخاصة به و ما يفرضه من التزامات ، فهو عقد لم يخص بأحكام ونصوص تشريعية [1] .

و لعلّ جعل هذا العقد غير مسمى من قبل المشرع الجزائر سيجد مدخلا على عـدم المساواة في العلاقة العقدية ، بل و حتى أن القاضي لا يستطيع التـدخل – بوصـف العقـد الطبي عقد له طابع خاص – لإحقاق العدالة العقدية فتغلـّب كفة عن أخرى و مما لا شـك فيه أن الأمر هذا لا يـقبل أمام عقد محله الإنسان.

المبحث الثاني : خصائص العقد الطبي

بالرغم من عدم الوصول إلى وصف دقيـق للعقـد الطبـي و معرفـة الطبيعـة القانونية له ، فهذا لا يمنع أن يتمتع هذا العقد بخصائص معينة تميزه عن باقي العقود ، فهو يعتبر عقد رضائي يقوم على اعتبار شخصي و متقابل الالتزامات (المطلب الأول) و هـو عقد مدني ممتد و متتابع (المطلب الثاني) و هو عقد يبرم عن بعد (المطلب الثالث) و هو عقد قابل للإنهاء أو الفسخ (المطلب الرابع).

المطلب الأول : العقد الطبي عقد رضائي يقوم على اعتبار شخصي و متقابل الالتزامات

المريض يختار الطبيب نسبة إلى كفاءته العلمية الحقيقية أو المفترضـة , و أيضـا نظرا للثقة الموضوعة في شخص الطبيب حتى يطمئن لأوامره و تعليماته و هذا الاختيار لا يخضع لاتباع شكل معين ؛ و بالمقابل يتمتع الطبيب بدوره بقدر من الحرية في التعاقد فـي ممارسة نشاطه المهني ، فمن حيث المبدأ يجوز رفض التعاقد مع مريض معـين – بالمفهوم الضيـق فقط – وفقا لمبدأ حرية التعاقد فلا يكره الطبيـب علـى قبـول التعامـل مـع أي مريض [2].

و يتضمن العقد الطبي التزامات متقابلة [3] فهو ينظم التزاما علـى الطبيـب بتقـديم العـ ـ ـلاج اللازم و بإتقان للمريض و يجـبره على حفظ سره و عدم إفشائه ، مقابل ذلك

---

(1) : أنور سلطان . المبادئ القانونية العامة . القاهرة. دار النهضة العربية .1978. ص 283.

(2) : أنظر : المادة : 42 من المرسوم التنفيذي رقم : 92- 276 . مرجع سابق.

(3) : التزامات متقابلة لا تساوي معنى ملزمة لجانبين فهناك اختلاف كبير بين المصطلحين و هذا ما يتم تبيانه في الفصل الثاني من المذكرة – تدخلات في مناقشة شهادة نيل الماجستير . كلية الحقوق ببن عكنون - تدخل الأستاذ بن شنيتي عبد الحميد . مناقشة مذكرة ماجستير بعنوان " العقد الطبي " الطالب عشوش كريم.

يلتزم المريض بدفع الأتعاب [1] , كما يلتزم أيضا بإتباع نصائحه و إرشـاداته ، مـن هنـا نستشف أن هذا العقد يعد من فئة عقود المعاوضة إذ تنص المادة : 310 من التقنين المـدني على طابع المعاوضة لهذا العقد وتنص على أنه " أن تتقادم بسنتين حقوق الأطباء و الصيادلة " بشرط أن تكون هذه الحقوق " واجبة لهم جزاء عما أدوه من عمل مهنتهم و عما تكبدوه من مصاريف " و تنص المادة : 211 من قانون ترقية الصحة و حمايتها على أن " تحـدد عـن طريق التنظيم أسعار الأعمال التي يؤديها الأطباء و جراحوا الأسنان و الصيادلة " [2] .

فالحق في التطبيب – العلاج – يأتي على رأس الحقوق نتيجة لمالـه مـن أهميـة اجتماعية ، فيتدخل الطبيب كلما حصلت الضرورة دون أن يتقاضى مسبقا أي أجـر علـى ذالك، مثاله : حالة الضرورة المنصوص عليها في المادة 210 من قانون الصحة التي تنص على أنه " يتعين على الأطباء و جراحي الأسنان و الصيادلة أن يمتثلوا لأوامر التسخير التي تصدرها السلطة العمومية مع مراعاة أحكام المادة : 206 التي تلزم الأطبـاء بكـتم السـر المهني إلا في حالات يسمح لهم قانونا ، كمـا تـنص المـادة: 236 مـن القـانون نفسـه على أنه " يعاقب طبقا لأحكام المادة 442 مكرر قانون العقوبات" وعلى أنه "من لم يمتثـل لأوامر السلطات العمومية المعدة و المبلّغة حسب الأشكال التنظيمية ", كما نصت على ذلك المادة : 210 من هذا القانون .

كما أن العلاقة بين الطبيب و المريض هي علاقة تبادلية ، تلقي بالتزامات متقابلـة على طرفيها و هما الطبيب من جهة أولى ، و المريض من جهة ثانية.

المطلب الثاني : العقد الطبي عقد مدني ممتد و متتابع

يظل العمل الطبي يتصف بالطابع المدني بعيدا عن الطابع التجاري ، و قد نصـت المادة : 20 من مدونة أخلاق الطب صـراحة " يجب ألا تمـارس مهنـة الطـب ..... ممارسة تجارية ..... " و منعت الطبيب من القيام بأساليب الإشهار المباشرة وغير المباشرة.

كما يتميز العقد الطبي على أنه عقد ممتد ، متتابع و مستمر , فهو عادة لا يتحقـق مرة واحدة و لا ينفذ فورا , لكونه يتحقق خلال عدة مراحل مرتبطة و منشـئة لالتزامـات جديدة يتحلّى بها كل من المريض و الطبيب , فالقيـام بفحوصـات و إجـراء التشـخيص و معالجة الأسقام تستغرق وقتا قد يطول أو يقصر حسب الحالات ، مما يجعل عنصر الزمن جوهريا في هذا العقد.

المطلب الثالث : العقد الطبي عقد يبرم عن بعد

---

[1] : المصطلح الأنسب هو أتعاب لأن صحّة المريض لا تقدّر بثمن .
Louis Melennec et Arick Dolivert: traite du droit médical. Tome 5 . les honoraires médicaux. Ed Maloine. Paris 1981. p 14.

[2] : أنظر المادة : 211 من القانون رقم : 85-05 مرجع سابق .

قد يبرم العقد الطبي بين المريض و الطبيب ليس في صورة لجوء هذا المريض إلى عيادة الطبيب ، بل قد يبرم عقد عن بعد بـدون التواجـد أو الالتقـاء المـادي للأطـراف و حضورهم مجلس العقد لحظة تبادل التراضي بينهما, فيصدر الإيجاب و يقترن به القبول عبر شبكة الأنترنيت بين الطبيب و المريض اللذان يضمهما مجلس واحد حكمي افتراضي ، و من ثم فهو عقد فوري متعاصر , و عليه فهو يبرم بين غائبين في المكان في مثـل هـذه الأحوال ، فهو من العقود التي تتم بين حاضرين في الزمن ؛ و العـبرة في تحديـد مكـان العقد هو المكان الذي وصل فيه العلم بالقبول من طرف من أصدر إيجابه للطـرف الآخـر، و هذا حسب المادة : 61 من التقنين المدني الجزائري " ينتج التعبير عن الإرادة أثـره فـي الوقت الذي يتصـل فيه ، بعلم من وجه إليه ، و يعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقم الدليل على عكس ذلك "

المطلب الرابع : العقد الطبي عقد قابل للإنهاء أو الفسخ

فما دام أن العقد الطبي يقوم على أساس التراضي و التقابل في الالتزامـات و كـذا على أساس الثقة مراعين الاعتبار الشخصي, فإن العقد ينعقد إذا ما وافـق المـريض علـى الطبيب المعالج كأصل عام ؛ و هذا الاعتبار نفسه الذي خول للمريض أن ينهي العـــقد ، و سبب ذلك هو أن ثقة المريض لا يشترط توافرها عند إبرام العقد فحسب بل ينبغي أن تبقى قائمة و مستمرة طيلة فترة العلاج, فإذا فقد المريض ثقته في الطبيب فـي أي لحظـة مـن اللحظات كان له أن يفسخ العقد بإرادته المنفردة ، و بالمقابل بإمكان الطبيب فسخ العقد إذا ما أخلّ المريض بالتزاماته – واجب دفع الأتعاب أو ثمن العلاج – [1] قـبل الطبيـب المعـالج غير أنه لا مجال لأن يكون جسم الإنسان محلا للخطر بفسـخ العقـد خاصـة فـي حالـة الإستعجال و الضرورة.

و هكذا أخلص إلى أن العقد الطبي تكون الالتزامات فيه متقابلة, إذا لم يـوفّ أحـد المتعاقدين بالتزاماته جاز للمتعامل الآخر بعد إعذاره للمــدين أن يطلب تنفيـذ العقـد و فسخه مع التعويض في كلتا الحالتين.

و أخلص أخيرا أن العقد الطبي يكتسي طابعا خاصا من قبيل العقود غير المسـماة ذو الطبيعة المتميزة في قيام أركانه.

---

[1] M-M Hammouz et A.R Hakem: précis de droit médical. OPU. Alger. 1992. p 35:

المبحث الثالث : أركان العقد الطبي

إن الطبيعة القانونية الخاصة بالعقد الطبي جعلته يتميز عن باقي العقود, فيخضـع في تكوينه إلى الأركان المعروفة في قيام العقود من تراض و محل مشروع و سبب و كـذا وجوب توفر الشكلية لإبرامه استثناء, و هذا ما سيتم تبيانه أدناه.

المطلب الأول : التراضي في العقد الطبي

يختلف مصطلح التراضي عن مصطلح الرضا ، فالأول يفهم به وجـود إرادتـين متقابلتين متطابقتين – إتفاق الإرادتين – أما الثاني فقد يعبر عن وجود إرادة واحدة من جانب واحد فقط [1] .

تعرف المادة 54 من القانون المدني العقد بأنه " اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيئ ما " , بمعنى أن العقد هو توافق إرادتـين أو أكثر على إحداث أثر قانوني.

---

[1] : أنظر : علي فيلالي . الإلتزامات- النظرية العامة للعقد. ENAG EDITION ص199

فالعقد الطبي هو اتفاق إرادي يعبر من خلاله المريض على قبوله العلاج و الطبيب على القيام بالعلاج حتى يرتب آثاره القانونية , و تنص المادة : 59 من التقنين المدني علـى أنه " يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهمـا دون الإخـلال بالنصـوص القانونية ".

و حتى ينتج رضا المريض أثره وجب توفّر عدة شروط منها :

1/ أهلية المريض :

لقد حدد سن الرشد بـ 19 سنة كاملة لقيام الأهلية – المدنية – ؛ كما نشير إلى أن سن التمييز يكون ببلوغ سن 16 سنة ، فإذا تمتع المريض بهذه الأهلية صار حرا في إبـرام العقد و موافقا له ما لم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون , أما إذا كـان المـريض لا يتمتع بالأهلية الكاملة فإنه يعتد بقواعد أخرى ، فيحتكم المريض إلـى الإرادة و الثقـة فـي اختياره لطبيبه أو لطبيب آخر يساعد الطبيب الأصلي الذي تعاقد معه ، و في حالة غيـاب طبيبه لا يفرض عليه المعالجة من طرف زميل طبيبه إلا إذا وافق هذا المريض عـن هـذا الطبيب, و إذا تم ذلك فالطبيب المستخلف أن يكفل علاج هذا المريض و له أن يكفّ عن ذلك فور رجوع الطبيب الأصلي [1] .

2/ الرضا الحر و عدم وجود عيب من عيوب الرضا

" يخضع كل عمل طبي فيه خطر جـ ـ ـ دي على المريض لموافقة المريض موافقة حرة... "[2].

فيجب لقيام أي عقد خلو الرضا من أي عيب من العيوب المعروفة كـ :

- **الغلـط :** هي حالة تقوم في النفس تحمل على توهم غير الواقع ، إما أن تكون الواقعة غير صحيحة يتوهم الإنسان صحتها أو واقعة صحيحة يتوهم غير صحتها.
- **التدليس :** هو إيقاع المتعاقد عمدا في غلط يدفعه إلى التعاقد نتيجة اسـتعمال حيل تدفعه لإبرام هذه العقود و لو لا هذه الحيل لما أبرم هذا العقد , و عادة ما يكون الطرف المدلّس في العقد الطبي هو الطبيب الذي يعتبر ذو معرفة في إيجاد تشخيص للمرض و إيجاد العلاج له فقد يدلّس على المريض و يوهمه بوجود حالـة خطيـرة يعاني منها تتطـلب علاجـا مكلـّفا و في الحقيقة الأمر غير ذلك.
- **الإكراه :** هو إيقاع الرهبة أو الخوف و حمل المتعاقد لإبرام هذا العقد الذي لا يرغب فيه في نفسه أو جسمه أو شرفه أو ماله [3] ، فيجوز للمريض الذي وقع تحت عيب الإكراه أن يطلب إبطال العقد.

---

(1) : أنظر : المادة : 67 من المرسوم التنفيذي رقم : 92- 276 . مرجع سابق.
(2) : أنظر : المادة : 44 من المرسوم التنفيذي رقم : 92- 276 . مرجع سابق.
(3) : أنظر : المادة : 88 من التقنين المدني.

- **الغبن الناتج عن الاستغلال :** [1] و فيه يستغلّ الطبيب الضعف النفسي لمريضه ، يعتريه الطيش و الهوى [2] بأن يطلب مقابل العلاج يفوق المقابل المناسب أو المحدد قانونا نتيجة عمله, فعليه – المريض – أن يطلب إبطال العقد كذلك متبعا في ذلك القواعد العامة. إذن إذا ما توافرت الأهلية و غابت عيوب الرضا عن المريض امتثل بنفسه قبل الطبيب لكي يبرم معه العقد ؛ لكن توجد حالات نص عليها المشرع منها : الخاصة بالسن ، و أخرى بالأهلية .

- **أ - المريض القاصر (القواعد الخاصة بالسن) :** تنص المادة : 52 من مدونة أخلاق الطب : " يتعين على الطبيب أو جراح الأسنان المطلوب منه تقديم العلاج لقاصر أو لعاجز بالغ ، أن يسعى جاهدا لإخطار الأولياء أو الممثل الشرعي ، و يحصل على موافقتهم " [3] , و أن يسعى الطبيب جاهدا بكل الوسائل في إقناع ممثّل القاصر على ضرورة العلاج و له أن يستغني عن هذه الموافقة تحت ضمان مسؤوليته [4]. فموافقة الأب لازمة و ضرورية و أولية لعلاج إبنه [5] , و إن لم يوجد الأب كانت الأم ولية عليه عملا بقواعد قانون الأسرة الجزائري ؛ و قد لا يحتاج الطبيب إلى هذه الموافقة إذا ما رأى ضرورة لمصلحة القاصر تتطلّب تدخلا لعلاجه.

أما المريض الذي يبلغ سن الرشد المدني قد يقع أن لا يكون في وعيه فيصبح غير مميز بسبب الآلام فيمكن للطبيب الاتصال بذويه " ... و على الطبيب أو جراح الأسنان أن يقدم العلاج الضروري إذا كان المريض في خطر أو غير قادر على الإدلاء بموافقته " [6] , و إذا كان عمل الطبيب السعي في هذه الحالة بالاتصال بذوي المريض أو من ينوب عنهم لإبداء موافقتهم ، فيمكن له أن يستعين بالأشخاص المذكورين : الأب أو الأم ثم الزوج أو الزوجة ثم الإبن أو البنت ثم الأخ أو الأخت و إلا يرجع إلى الولي الشرعي [7] .

- **ب – المريض غير القادر على التعبير عن إرادته (عوارض الأهلية و موانعها) :** " إذا كان الشخص أصم أبكم أو أعمى أصم ، أو أعمي أبكم ، و تعذّر عليه بسبب تلك العاهة التعبير عن إرادته ، جاز للمحكمة أن تعين له وصيا قضائيا يعاونه في التصرفات التي تقتضيها مصلحته " [8] , فنقول أن لهذا المريض مانع جسماني بالرغم من أنه راشد و يتمتع بكافة قواه العقلية

---

(1) : هذا المصطلح هو المحبّذ استعماله عند محاضرات الأستاذة " لحلو غنيمة " أما الأستاذ " الغوثي بن ملحة " فلا يعترف بهذا العيب و يعتبره نتاج و أثر من آثار العيوب السالفة الذكر – دروس الأستاذ " الغوثي بن ملحة " محاضرات لطلبة الماجستير. فرع العقود و المسؤولية. العام الدراسي : 2000-2001.

(2) : لقد وصف المشرّع الفرنسي الطيش بالبيّن و الهوى بالجامح.

(3) : أنظر : المادة : 52 من المرسوم التنفيذي رقم : 92- 276 . مرجع سابق.

(4) : أنظر : Michel Haricharux Ramu – juris classeur civ. Fasc 440-2 ART: 1382 à 1386 année 1993 .p 6

(5) : لا شك أن المكفول يدخل في هذا الإطار لأنه لا يمس بمصالحه بل العكس من ذلك فهو يؤدي إلى منح المكفول خدمة علاجية يبتغي فيها شفاؤه.

(6) : أنظر : المادة : 44 من المرسوم التنفيذي رقم : 92- 276 . مرجع سابق.

(7) : أنظر : المادة : 164 من القانون رقم :85-05 . مرجع سابق.

(8) : أنظر : المادة : 80 من التقنين المدني الجزائري .

فيتكفل أحد أفراد أسرته أو من ينوبه في التعبير عن إرادته في الموافقة على العلاج من عدمه.

أما إذا تفحصنا قواعد عوارض الأهلية التي تصيب المريض في عقله فتعـدم الإدراك ، نجد حالة الجنون و الذي يغيب فيها الإدراك و الإرادة فما مصـير موافقة المريض لعلاج سقمه ؟ فهل يجبر على العلاج أمام هـذا الوضـع ؟ تنص المادة 111 من القانون : 85-05 السالف الذكر على أنه : " لا يحـق إلا للنائب العام لدى المجلس القضائي أو الوالي أن يتخذ قرارا بإجراء فحص إجباري في الأمراض العقلية " ، و عليه نجد أن طرف من أطراف العقد الطبي المتمثل في المريض يتمتع بحرية كبيرة في طلب العلاج ، إلا أن هذه الحرية قد تكون مقيدة برفضه للعلاج على أن يقدم تصريحا كتابيا على ذلك (و هذا ما سيتم بيانه خلال دراستنا للمطلب الرابع الخاص بالشكلية في العقـد الطبي).

فإذا رجعت إلى ما ذكرته آنفا بخصوص خصائص العقد الطبي قلت أنه من العقـود المتقابلة الالتزامات ، فتوافق و تطابق الإرادتين الصـحيحتين ضـروري [1] لقيـام ركـن التراضي بمعنى الكلمة، لذا سأقوم بدراسة عنصر الرضا الذي يجب أن يتمتع بـه الطبيـب حتى يكون تراضٍ, إذ أن الرسالة التي يسعى الطبيب لتحقيقها نجدها في فحوى المـادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 92-276 السالف الذكر " تتمثل رسالة الطبيب و جراح الأسـنان في الدفاع عن صحة الإنسان البدنية و العقلية ، و في التخفيف من المعاناة ضمن احترام حياة الفرد و كرامـته الإنسانية دون تمييز من حيث الجنس و السن و العرق و الدين و الجنسية و الوضع الإجتماعي و العقيدة السياسـية أو أي سـبب آخـر فـي السـلم و الحـرب " . إلا أننا لا نستطيع أن نقيم مساواة بين رضا المريض و رضا الطبيب ، إذ غالبا ما يجد هـذا الأخير نفسه مجبرا على تقديم العلاج كـون عملـه يتعلـق باعتبـار شخصـي محـض و أن أخلاقيات المهنة تملي عليه ذلك و أن اختياره يخضع للقواعد المنصوص عليهـا فـي المادة 42 و حـريته هذه تكون مقـ ـ ـيدة بضوابط نصـت عليهـا المـادة : 09 مـن المـرسوم التنفيذي رقم : 92-276 السالف الذكر .

و يمكن حصر الحالات التي يجد الطبيب فيها نفسه مجبـرا علـى التعامـل مـع المريض دون أن تكون له حرية في اختيار مرضاه في :

1/ حالة الإجبار القانوني و المهني : و هي تلك الحالة التي يجبر فيها الطبيب على تقـديم خدماته للمرضى دون أن يختار ذلك نزولا عند واجبات يفرضها عليه القانون أو المهنة مثل حالة التلقيح ضد بعض الأمراض الخطيرة [2].

---

(1) : علي علي سليمان . النظرية العام للالتزام . مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري .ط3. ديوان المطبوعات الجامعية .الجزائر. 1993.ص 49.

(2) : أنظر : صوفي محمد . نظرية المخاطر كأساس قانوني للمسؤولية الإدارية من دون خطأ و تطبيقها في القانون الجزائري. مذكر ماجستير في العلوم القانونية .كلية الحقوق . جامعة سيدي بلعباس . الجزائر.2001 .ص 220 و ما بعدها.

2/ حالة الإجبار الوظيفي : و هي الحالة التي يكون فيها الطبيب تابعا لجهة حكومية كمستشفى عام أو مستشفى تابع لوزارة الدفاع الوطني ، ... فالطبيب ملزم بمعالجة كل من يتقدم إلى هذا المستشفى، و ليس له أن يختار مرضاه بل إن الطبيب الذي يعمل في المستشفى العسكري مجبر على معالجة كل أفراد الدفاع الوطني و ليس له حق رفض واحد منهم .

3/ حالة الإجبار التعاقدي : إذا التزم الطبيب بمقتضى عقد المعالجة بأن يعالج مجموعة من المرضى لم يتم تعيينهم بالذات في بداية الأمر ، كما هو الشأن عندما يتعاقد الطبيب مع شركة اقتصادية لمعالجة عمالها ، فالطبيب في هذه الحالة يفقد حرية اختياره ، و يجبر بالمقابل على تقديم العلاج لكل من تتوافر فيه صفة عامل تابع لهذه الشركة أو المنشأة الاقتصادية.

4/ حالة العمل الجماعي : نظرا للتطورات الكبيرة التي عرفها الطب ، و نظرا لاتساع الأحداث في هذا المجال فقد أصبح الطب يمارس على شكل فريق طبي ، خاصة في العمليات الجراحية ؛ فإلى جانب الطبيب الجراح هناك الطبيب المخدر و هناك طبيب الإنعاش ،... فهؤلاء الأطباء و إن كانوا لا يتعاقدون فرديا مع المريض فإن اتفاقهم على العمل جماعيا يلقي على عاتقهم التزاما بتقديم خدمات للمريض ، فهم جميعا ملزمون بأمن المريض و إن كان هذا الأخير قد تعاقد مع أحدهم فقط من قبل.

هذا فيما يخص حالات الإجبار لكني ذكرت أن الطبيب له الحق في رفض تقديم العلاج كما نصت عليه المادة 42 من المرسوم التنفيذي 92-276 السالف الذكر ، و كذلك للطبيب إمكانية رفض العلاج لأسباب شخصية أو مهنية [(1)] , إلا أن رضا الطبيب في تقديم العلاج لا يتأتى إلا إذا قام بهذا العمل طبيب فمن هو هذا الشخص ؟

إن الطبيب هو ذلك الشخص الذي يكون متمتعا بسن الرشد القانوني المدني و هو 19 سنة كاملة [(2)] , و مما لا شك فيه أن الطبيب الذي يمارس عمله في الجزائر قد تعدى بالضرورة هذا السن نظرا لمروره بالمراحل الدراسية للأطوار المنتظمة, ثم إن متابعة المهنة يكون لمدة دراسية تتجاوز السبع سنوات دون أن يكون متخصصا في مجال معين.

فإذا كان من الضروري توفر شروط تجعل رضا المريض صحيحا و غير معيب , و توفر أهلية لا تخضع لأي عارض , فالأمر سيان بالنسبة للطبيب , إذ لا يمكن أن يكون هذا الأخير مجنونا, بل أن المشرع الجزائري خصه بشروط [(3)] : تمتعه بصحة عقلية جيدة و عدم إصابته بأي عاهة أو علّة مرضية منافية لممارسة المهنة بما في ذلك الجنون الذي يعدم الأهلية ، أو نقص الأهلية لعارض أصابها كالسفه [(4)] و العته.

---

(1) : أنظر : المادة : 39 من المنشور رقم : 95-1000 المؤرّخ في 1995/07/06

(2) : أنظر : المادة : 40 من التقنين المدني الجزائري.

(3) : أنظر : المادة : 197 من القانون رقم 85-05 السالف الذكر .

(4) : السفيه هو الفرد الذي يبدد أمواله عن شماله و يمينه و لا يحسن تسيير أمواله. أنظر في ذلك : أبو بكر جابر الجزائري . أيسر التفاسير- تفسير سورة البقرة- الجزء الأول .

إذن مادام الأمر يتعلق بالتعامل في جسم الإنسان و صحته فإن القانون لا يـرخص بإستعمال هذه المهنة إلا لمن تتوفر فيه شروط و صفات معينـة يحـددها القـانون ذاتـه ؛ و بالنسبة للعمل الطبي الذي يمارس على جسم الإنسان و له علاقة مباشرة بصحته و حياتـه و كرامته, فإنه يشترط لممارسة مهنة الطب أو جراحة الأسنان أو الصيدلة مؤهلات علميـة و قدر كاف من الكفاءة و المهارة التقنية.

فقد نصت المادة : 1/197 من المرسوم التنفيذي رقم : 92-276 السالف الذكر على كل من يمارس مهنة الطب – بالإضافة إلى عنصر الأهلية و الموافقة المذكورين أعـلاه – يشترط فيه ما يأتي :

- أن يكون حائزا حسب الحالة على إحدى الشهادات الجزائرية دكتـوراه فـي الطب أو جراحة الأسنان أو الصيدلة أو شهادة أجنبية تعادلها؛
- أن لا يكون مصابا بعاهة مستديمة أو علّة مرضية منافية لممارسة المهنة؛
- أن يكون متمتعا بالجنسية الجزائرية ، علما أن النص لم يحدد طبيعـة هـذه الجنسية هل هي أصلية أم مكتسبة ؛
- أن يتحصل على شهادة في الاختصاص, فيجب أن تدوم فترة دراسة الطـب سبع سنوات للتخرج بشهادة طبيب عام، أما طبيب الأسـنان فتدوم دراسته خمـس سنوات[1] ، و نفس الأمر بالنسبة للصيدلي [2] ؛
- أن لا يكون قد تعرض لعقوبة مخلّة بالشرف ؛
- أن يحصل على رخصة من وزير الصحة.

و ما تجدر ملاحظته و معرفته أن الشروط المذكورة أعلاه لم تكن موجـودة في القوانين السابقة المتعلقة بتنظيم المهنة الطبية [3] ، و لم تتطرق حتى للمـسؤولية الطبيـة لأن المشرع ظل يعامل كل ممارسي المهن الطبية كموظفين و ليس كأصـحاب مهنـة ذات طبيعة خاصة [4] .

و عليه إذا نتج لدينا رضا من قبل المريض بالشروط المذكورة و رضـا الطبيـب بالشروط المذكورة , يمكن أن نحصل على الركن الأول من أركـان العقـد الطبـي و هـو التراضي.

المطلب الثاني : المحل في العقد الطبي

---

(1) : أنظر : المادة : 01 من المرسوم التنفيذي رقم : 90-261 المؤرّخ في 1990/09/08 المتضمن تنظيم الدراسة للحصول على شهادة جرّاح أسنان.

(2) : أنظر : المادة : 01 من المرسوم التنفيذي رقم : 90-260 المؤرّخ في 1990/09/08 المتضمن تنظيم الدراسة للحصول على شهادة صيدلي

(3) : نقصد بالقوانين السابقة : الأمر رقم : 66-65 المؤرخ في 1966/06/04 المتعلق بتنظيم مهن الأطباء و الصيادلة و جرّاحي الأسنان و القابلات (جريدة رسمية رقم 27 لسنة 1966) و الأمر رقم : 76- 79 المتضمن قانون الصحة العمومية (جريدة رسمية رقم 101 لسنة 1976)

(4) : أنظر : بداوي علي . موسوعة الفكر القانوني . مجلة الموسوعة القضائية الجزائرية . دار الهلال للخدمات الإعلامية . ص37.

من الجدل الفقهي القديم و المعاصر هو فكرة محل الالتزام و محل العقد, هل لهمـا نفس المعنى أم يختلفان ؟

لقد وجد تضارب فقهي كبير أحدهم نادى بالاختلاف بين محل العقد و محل الالتـزام إذ قد يكون هذا الأخير صحيحا و يكون محل العقد باطلا أو العقد في حـد ذاتـه بـاطلا . و منهم من ذهب إلى جعل محل الالتزام و محل العقد سيان ، و العبرة تكون بمحل الالتـزام و لا يتصور وجود محلا للعقد [1] ، و حتى نفرق بين محل العقد و سبب العقد نطرح السؤال الآتي :

المحل : بماذا التزم المدين ؟

السبب : لماذا التزم المدين ؟

عرف الأستاذ " السنهوري " محل العقد الطبي أنه : " هو ما يلتزم به الطبيب القيام به تجاه مريضه ، و يلتزم هذا الأخير بتقديم العلاج الضروري أو الحد من آلام المريض أو تخليصه منها ، و يتمثل هذا الالتزام الذي يرد على جسم الإنسان إما ببذل العناية اللازمة أو تحقيق نتيجة معينة " , و يكون محل العقد مهما كان نوعه مدني ، تجاري ... نجده يرد على المال أو الأشياء ، لكن هل يمكن اعتبار جسم الإنسان محلا للعقد ؟ و هل يمكن اعتباره شيئا – خاصة إذا مات هذا الإنسان الحي و أصبح جثة - ؟

إن الطبيعة القانونية و الخاصية التي يتميز بها العقد الطبي تجعلنا و بكل منطقية لا نعتد بجسم الإنسان – حيا كان أو ميتا – كشيئ أو كمال ، و من النقاط التي تثير إشـكالات في المحل وجب على أطراف العقد العلم بها هي أن يكون محل العقد المبرم بـين أطرافـه و المرتضى من قبلهما ذا : " محل مشروع إذ يقول الأستاذ علي فيلالي " إن مشروعية محل التزام الطبيب في عدم قابلية التعامل في جسم الإنسان " .

و إذا كان المبدأ العام يمنع التعامل في جسم الإنسان كون أن هذا الجسم يعتبر أمانة يسأل عنها المرء ، و أن هذه الأمانة يجب أن ترجع إلى من خلقها فيجب إذن ألا يجعل هـذا الإنسان من قبيل الأشياء ، كذلك فلا يقدر هذا الجسم بمال فقد انتهى عهـد الـرق المحـرم و أغلقت أسواق الخناسة و أفلس الخنّاسون ، و أن المشرع جعل قواعد تكفل سـلوك الفـرد داخل المجتمع فكيف يتصور أن يكون هذا الإنسان محلا للتعاقد و حصن بقواعد دسـتورية كفيلة بحمايته داخل وطنه و خارجه و منحه حقوقا للحفاظ على حرياته الشخصية [2] .

و لقد أدى التقدم العلمي إلى مسـاهمة أكثـر مـن طـرف فـي العمـل الطبـي فمثلا : العمليات الجراحية لم تعد تقتصر على الجراح بل يشترك معه طبيـب آخـر يقـوم بالتخدير و طاقم من المساعدين ، و تجرى العملية داخل أروقة المستشفى (عام أو خاص) و يتم استعمال أدوية و آلات معينة , و قد ساعد هذا التطور زيادة التقدم العلمـي و طـرق

---

[1] : أنظر : علي فيلالي . مرجع سابق .ص 166 .
أنظر : علي فيلالي ، عبد الحميد بن شنيني . مطبوعة النظرية العامة للعقد. كلية الحقوق . بن عكنون – الجزائر.

[2] : أنظر : بن محمد –ص. حقوق الإنسان و أصولها الدولية و الوطنية و الإسلامية . موسوعة الفكر القانوني . مجلّة الموسوعة القضائية الجزائرية . دار الهلال للخدمات الإعلامية.ص ص 88- 144 .

العلاج و ما صاحبه ذلك من نجاح و مضاعفة المخاطر من جهة ، و نشر الثقافة الطبية من جهة أخرى [1].

و أريد أن أقول في ما ذُكر أعلاه أن مصلحة المريض تبقى فوق كل اعتبار ، فهل في هذا الإطار خروج عن المبدأ العام المعروف في العقد الطبي هو : عدم جواز التعامل في جسم الإنسان و نتعامل بالتالي في هذا الجسم و على هذا الجسم.

إنه و لدواعي صحية – بمعرفة الطبيب المختص طبعا – قد تجعل ضرورة إنقـاذ حياة إنسان أو التخفيف من آلامه أو محاولة إيجاد راحته بل حتى الوصول إلى تحقيق آمالـه الخروج عن المبدأ لأهداف شرعية – مقننة بنصوص – أو اجتهادات فقهيـة و تجـارب علمية ، و سوف أقوم بدراسة قواعد مبرزا فيها عدة مسائل :

1- مسألة نقل و زرع الأعضاء :

إن الإنسان خلق لغاية في مشوار حياته و قد ولد مفطورا بدين الإسلام الذي حرره من العبودية الجهلاء و جعله حرا يحاول إيجاد سؤدده بكسبه للعالـم منـذ وجـوده إلـى أن يموت ، فهو مكرم منذ ولادته و صراخه إلى أن يموت و يبقى جثمانه مكرما داخل قبره إلى يوم البعث و الحساب .

أ/ مفهوم زرع الأعضاء من إنسان حي إلى إنسان حي آخر:

إن مسألة زرع الأعضاء بلا شك منظمة من قبل المشرع الجزائـري فـي قـانون حماية الصحة و ترقيتها [2] و القانون المعدل و المتمم له [3] و كذا مدونة أخلاق الطـب[4].
فنص المشرع في المادة: 162 من القانون 85-05 السالف الذكر أنـه " لا يجـوز انتـزاع الأنسجة أو الأعضاء البشرية من أشخاص أحياء إلا إذا تعرض في هذه العملية حياة المتبرع إلى خطر ... " فلم يختلف الفقهاء في حرمة التبرع بالعضو الذي تتوقف عليه استمرار الحياة كالقلب و الكبد و الكلية إذا كانت النظيرة متلفة لأن التبرع بهذه الأعضاء يؤدي حتمـا إلـى الموت و هو انتحار و تهلكة للمتبرع و الله عز و جلّ قال في كتابه الحكـيم : " و لا تلقـوا بأيديكم إلى التهلكة "

أما إذا كان لهذا العضو مثيلا في الجسم فلقد وجد هذا الفكر رأيا معارضا كـون أن الإنسان خلق بمزايا عدة مكرما و معززا في قوله تعالى : " يا أيها الإنسان ما غرك بربـك الكريم . الذي خلقك فسواك فعدلك . في أي صورة ما شاء ركّبك " الآية [5] ، و أن نزع أي عضو في جسم هذا الإنسان يقع باطلا.

من جهة أخرى إذا أخذنا عضوا من جسم إنسان حي و زرعناه في عضـو إنسـان حي آخر فهنا نكون قد تعاملنا في جسم الإنسان و هذا ما هو غير مشروع – وفقا لما تطرقت

---

[1] : أنظر : محمد حسين منصور . مرجع سابق. ص ص 6-7
[2] : أنظر القانون 85-05 المتعلق بالصحة وترقيتها . مرجع سابق.
[3] : أنظر : القانون : 90-17 المؤرخ في 1990/07/31 (الجريدة الرسمية 35 لسنة 27)
[4] : أنظر : المادتين 34 و 35 من المرسوم التنفيذي رقم 92-276 . مرجع سابق .
[5] : أنظر : الآية 06-07-08 من سورة الانفطار.

إليه سابقا – و يوجد من يؤيد هذا الفكر ، إلا أن ما توصل إليه الباحثون في هذا الحقل من اكتشاف العديد من التقنيات الحديثة التي تتعلّق بالمعاملات الطبية و لا يزال البعض يدفعهم الحماس و المغامرة لاكتشاف المزيد، و أمام هذا الوضع لم يتوان علماء الشريعة الإسلامية الغراء حديثا من إبداء اجتهاداتهم بشكل فردي و جماعي لتكييف المعاملات الطبية الحديثة من الناحية الشرعية من خلال مقاصد الشريعة و قواعدها العامة ، فضلا عن نصوصها الجزائية و لقد تواترت هذه الاجتهادات لتنشأ ثورة فقهية ضخمة تسعى لمعرفة حكم الشرع في هذا الشأن , و بعد تتبع هذه الاجتهادات جاء تأسيس المؤيدين لجواز زرع الأعضاء البشرية ، فبعد استقراء النصوص و الأحكام الواردة في كثير من المسائل توصل علماء الإسلام إلى جملة من القواعد التي تنظم العملية الاجتهادية إزاء ما يحدث من القضايا منها : " الضرر يزال و المشقة تجلب التيسير و ما أبيح للضرورة يقدر بقدرها و درء المفاسد أولى من جلب المصالح " و أننا حيال ما يحدث في الجانب الطبي من تطورات لفي أمس الحاجة إلى استكشاف ما يتماشى مع تعاليم الإسلام دون الإغترار ببعض الصيحات الطلائعية المدوية في عالم الغرب التي تحاول تبرير بعض ما لا يليق من المعاملات مما لا يتفق مع الأخلاق و كرامة الإنسان بحجة أن له تعلقا بحقوق الإنسان و الحرية الشخصية و تشجيع البحث العلمي الذي يخدم الإنسانية [1].

و يعتبر الفقهاء " الشيخ يوسف القرضاوي " و المرحوم " أحمد حماني " من العلماء الذين أجازوا زرع الأعضاء أو التبرع بعضو له مثيل في الجسد بشروط و قيود فإذا ما كان التبرع بالعضو – الذي له مثيل طبعا- يؤدي إلى إنقاذ حياة فرد من موت محقق كمن يتبرع بكلية من كلاه و تحققت غلبة الظن بنجاح العملية فهذا جائز.

إلا أن هذا الفعل لا يجوز إذا ما أدى هذا إلى جعل حياة المتبرع غير مستقرة أو تغيرت عما كانت عليه قبل العملية .

إذا ما تخلّفت المنفعة كمن تبرع بجميع أفراد العضو فهذا لا يصح , إذ ندخل في باب التبرع بعضو لا مثيل له في جسم الإنسان .

أما إذا تم التبرع بعضو أو فرد واحد من أفراد العضو كتبرع من له عينين سليمتين بإحداهن لشخص أعور فهذا غير جائز طبعا.

أما إذا أراد المتبرع الذي له عينين سليمتين التبرع بإحداهن إلى أعمى فيكون قد حقق فائدة إلى أعمى لكنه أضر بنفسه لأن الله خلقه و قومه و حكمته في خلقه للعضو اثنين من إبداع الخالق ، فالقول بعدم الجواز إلا لمبرر [2].

أ/1– لزوم رضا المتنازل – جسم المتنازل محل اعتبار شخصي –

---

(1) : أنظر : قوادري مختار . موسوعة الفكر القانوني . مجلّة الموسوعة القضائية الجزائرية . دار الهلال للخدمات الإعلامية. ص ص 113-114.

(2) : أنظر : محمد نعيم ياسين . حكم التبرّع بالأعضاء في ضوء القواعد الشرعية و المعطيات الطبية . مجلّة الحقوق و الشريعة . العدد 2 السنة : 12 . جامعة الكويت للحقوق و الشريعة . سبتمبر . 1988 ص 48

لا يعتبر جسم المريض محلا للاعتبار فقط بل إن المتنازل عن عضو من أعضـائه يعتبر مريضا كذلك ما دام ارتضى لنفسه أن يعالج من قـبل طبيب.

إن من أهم الأمور التي تدخل في تكوين رضا المتنازل هو شعوره بالحريـة أمـام الفعل الذي هو مقدم عليه بعيدا عن أي ضغط أو إكراه ، متمتعا بأهلية كاملة, فلقـد نصـت المادة 163 من قانون الصحة مانعة التنازل لمن لم يكن بالغا سن الـ : 19 سنة و لا يتأتى الرضا إلا بعد أن يعلم الطبيب هذا المتنازل و يكون متبصرا لجـميع المخاطر الجـراحية المترتبة عن عملية الاستئصال الحـالية و المستقبلية " ... و لا يجوز للمتبرع أن يعبر عن موافقته إلا بعد أن يخبره الطبيب بالأخطار الطبية المحتملة التي قد تتسببها عملية الإنتزاع.

أ/2 - رضا المتلقي

يمكن " القيام بالزرع دون موافقة المتلقي إذا اقتضـت ذلك ظروف اسـتثنائية أو تعذّر الاتصال في الوقت المناسب بالأسرة أو الممثلين الشرعيين "، هذا نص الفقرة الأخيـرة من المادة : 166 من القانون 85-05 السالف الذكر ، على إمكانية القيام بزرع عضو فـي جسم المتلقي دون أن تكون موافقة إذا ما دعت ظروف استثنائية لذلك ؛ كما أضافت المـادة 166 منه على أنه يكون رضا المتلقي أمام المصالح التي يعالج بها و بحضور شاهدين.

فإذا استحال على المتلقي التعبير عن إرادته تكلـّف أحد من أسرته بموجب موافقة كتابية حسب الترتيب في الدرجة المنصـوص عليه في المادة : 2/164 و3 مـن القـانون 85-05 السالف الذكر.

و في هذا المجال يجب أن أعود لما قيل من قبل أن زرع – نقـل – الأعضـاء لا يكون فقط بين أشخاص أحياء بل يمكن أن يتم النقل أيضا من جثث الموتى.

ب – مفهوم زرع – نقل – الأعضاء من جسم إنسان متوفى "جثة" إلى جسم إنسان حي

هنا لا مجال للحديث عن لزوم رضا المتنازل – المعطي – أو حتى رضـاه حيـث يوصي الشخص المتبرع قبل وفاته بأن يؤخذ عضو منه ليزرع في جسم آخر محتـاج لهـذا العضو ، بعد وفاة الشخص المتبرع لأنه لا يمكن القيام بذلك إلا إذا أعلن الشخص المتـوفى أثناء حياته عن رغبته في التبرع.

و قد نصت المادة : 164 المعدلة بالمادة 01 من القـانون 90-17 المـؤرخ فـي 31 /1990/07 المعدل للقانون رقم 85-05 المتضمن حماية الصحة و ترقيتها علـى أنـه " لا يجوز انتزاع الأنسجة و الأعضاء من الأشخاص المتوفين إلا بعد الإثبـات الطـــبي

و الشرعي للوفاة ... و في هذه الحالة يجوز الانتزاع إذا عبر المتوفى أثناء حياته على قبوله ذلك ... " هذا النص قبل التعديل الذي كان يشترط المشرع فيه الموافقة الكتابية أثنـاء حيـاة المتبرع لكن بعد التعديل أصبح التعبير عن الإرادة يتم بكل الطرق سواء كان بالكتابـة ، أو بالإشارة المتداولة عرفا أو باتخاذ موقف لا يدع مجالا للشك عن هدف صاحبه ، كما يمكـن أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا. أما إذا رفض الشخص المتبرع أثناء حياتـه المسـاس بجثته قصد انتزاع عضو من أعضائه ، فهنا لا يجوز لأي أحد المساس بهـا و إلا تعـرض للعقوبة المنصوص عليها في المادة 53 من قانون العقوبات الجزائري تحت عنـوان القسـم الجرائم المتعلقة بالمدافن و بحرمة الموتى ، " كل من دنّس أو شوه جثة أو وقع منه عليها أي عمل من أعمال الوحشـية أو الفحش يعاقب بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات و بغرامة من 500 إلى 2000 دج " و هذا ما تؤكده المادة 165 من القانون 85-05 على أنه " يمنع انتزاع الأنسجة أو الأعضاء قصد زرعها إذا كان الشخص قد رفض ذلك كتابيا و هو علـى قيد الحياة ... ".

2- مسألة الإجهاض

يطلق على الإجهاض مصطلح : القطع الإرادي للحمل *l'interruption volontaire de grossesse* . إن قطع الحمل أو وقفه جريمة تهدد المصلحة الاجتماعية و إلـى كـون الضحية الحقيقية لهذا الفعل هو الطفل الذي يحرم من الوجود [1]، فقد روي عن عبد الله ابن مسعود رضي الله عنه قوله حدثنا رسول الله صلى الله عليه و سلّم أن أحدكم يجمع خلقه في بطن أمه أربعين يوما نطفة ، ثم يكون علقة مثل ذلك ثم يرسل الملك فيـنفخ فيـه الـروح ؛ و بناء على ذلك فقد حدد الفقهاء الأطوار الجنينية الثلاثة المتمثلة في : النطفـة فالعلقـة ثـم المضغة التي تستغرق كلها 120 يوما أي 04 أشهر ثم يبدأ بعد ذلك طـور رابـع مصـداقا لقوله تعالى : " ثم أنشأناه خلقا آخر " ، و يكون الإجهاض بصورة تلقائيـة أو فـي صـورة جريمة أو في صورة علاج.

الإجهاض الواقع بصورة تلقائية:

و بصورة طبيعية يقوم الجنين بالخروج من الرحم بعدما استحالت الحياة داخل هـذا الرحم بسبب تشوهات أصابته أو مرض أصاب أمه سيما الأمراض كالحصبة و السكري[2].

الإجهاض الواقع بصورة إجرامية:

قد يقع هذا من قـبل المرأة نفسها الفعل المعاقب عليه في المادة 309 ق ع بشـكل عمدي أو توافق على استعمال الطرق التي أرشدت أليها و أعطيت لها لهذا الغرض.

---

(1) : أنظر : أحسن بوسقيعة . الوجيز في القانون الجنائي الخاص – الجرائم ضد الأشخاص و الجرائم ضد الأموال – الجزء الأول . دار هومة . الجزائر . 2003.ص36 .

(2) : أنظر عشوش كريم . العقد الطبي .مذكرة ماجستير في العلوم القانونية. كلية الحقوق. بن عكنون /الجزائر.ص 39 .

و قد يقع إجهاض المرأة من قبل الغير الفعل المنصوص و المعاقب عليه في المادة : 304 ق ع و يتعلّق الأمر هنا بكل من أجهض امرأة حاملا أو مفترض حملها سواء وافقت على ذلك أو لم توافق أو شرٌع في ذلك.

و قد يكون الإجهاض تحت الصورة الإجرامية في شكل التحريض على الإجهاض الفعل المنصوص و المعاقب عليه بالمادة : 310 ق ع فتقوم الجريمة في صورتها الأولى و الثانية على ركن النتيجة من جهة و الذي يعتبر تعمد إنهاء حالة الحمل قبل الأوان و يهدف إلى إخراج الحمل مبكرا من الرحم , و يقصد بالحمل هو البويضة الملقحة منذ التلقيح إلى أن تتم الولادة الطبيعية و إذا خرج الحمل ، يستوي أن يكون حيا أو ميتا ، و من ثم لا يهم إن كان الطفل قد مات قبل عملية الإسقاط أو أنه ولد حيا و ظل على قيد الحياة رغم خروجه من الرحم قبل الأوان .

و من جهة ثانية تقوم على ركن الوسائل المستعملة حيث تعاقب المادة : 304 " كل من أجهض امرأة حبلى أو مفترض حملها بإعطائها مأكولات أو مشروبات أو أدوية أو باستعمال طرق أو أعمال عنف أو بأية وسيلة أخرى " .

و مهما كانت الوسيلة المستعملة يجب إقامة الدليل على أن الوسيلة المستعملة كانت السبب في الإسقاط , و الفصل في هذه المسألة لقاضي الموضوع يسترشد فيه برأي الخبراء, إذ قد يلجأ الجاني في الإجهاض إلى مناولة مأكول أو مشروب أو إلى الحقن أو استعمال آلة ميكانيكية ، و قد تلجأ المرأة في إسقاط نفسها إلى ارتداء ملابس ضيقة أو الالتجاء إلى الرياضة العنيفة أو إلى الرقص و ما إلى ذلك من الوسائل المؤدية إلى الإجهاض [1].

هذا فيما يخص الإجهاض الإجرامي المقترف من طرف المرأة أو الغير و الذي يشترط فيه وجود القصد الجنائي و أن الفعل قد تم نهائيا (سقوط الجنين) , لكن ماذا يحصل إذا لم تتحقق النتيجة أي إذا كنا أمام شروع ؟ فالمشرع يعاقب على الشروع فمن ناول مادة سامة بنية إسقاط الجنين تقوم الجريمة ولو لم تتحقق النتيجة ، فتأهب الجاني لارتكاب الجريمة و تهييئه للوسائل لارتكابها و لم يقم بها نتيجة لظروف خارجة عن إرادته فهنا يقوم الشروع و صورته كأن ترفض المرأة في آخر المطاف. و قضي بفرنسا بقيام الجريمة في حق الطبيب لأنه كيفها في بدأ التنفيذ [2].

أما عن الاشتراك فتطبق بوجه عام القواعد العامة للاشتراك المقررة في المادة 42 ق ع ، و قد قضي في فرنسا بعدم قيام الاشتراك في حق من قدم المساعدة أو معاونة لاحقة على ارتكاب الجريمة ، فقد تضمنت المادة 306 ق ع حكما خاصا بالأطباء و الصيادلة و من شابههم و قضت بإدانتهم و معاقبتهم إذا أرشدوا عن طريق في إحداث

---

(1) : أنظر : احسن بوسقيعة . مرجع سابق .ص ص 36 -38 .

(2) : أنظر في ذلك : crim. 30/07/1942 jcp 1942 . II. 2054 ; crim 19/04/1945 , s. 1945 . 1.82 ; crim 16/03/1961 jcp 1961. II. 12 157

الإجهاض أو سهلوه على أساس أنهم فاعلون أصليون و ليس شركاء و يكفي لقيام الجريمة في حق هؤلاء إرشادهم عن عنوان الشخص الذي يمكنه القيام بالإجهاض [1] .

الإجهاض الواقع بصورة علاجية :

يتجه التشريع المقارن نحو عدم تجريم الإجهاض و إن كان هناك محاكم في الولايات المتحدة الأمريكية في بعض ولاياتها تحرم ذلك . أما في فرنسا على سبيل المثال فلم يعد الإجهاض مجرم منذ قانون " سيمون فاي " في 1979/12/29 الذي أباح الإجهاض غير العلاجي بشرط أن يتم قبل نهاية الأسبوع العاشر من الحمل ، و أن يتم بمعرفة طبيب في مستشفى عام أو خاص مرخّص له بممارسة هذا العمل ، و حاليا تطور الأمر بظهور دواء جديد يجهض المرأة نفسها بنفسها [2] .

مسألة حالة الضرورة :

ففي محيطنا العربي الإسلامي ، تعد تونس من الدول القلائل التي سنّت تشريعا يتميز بالليونة في تحريم الإجهاض.

أما التشريع الجزائري فيتميز على غرار التشريع المصري بالتشدد إزاء هذه الجريمة ، و هو التشدد الذي ورثه عن القانون الفرنسي لما قبل 1975, و مع ذلك فقد نص المشرع الجزائري على حالة عدم العقاب على الإجهاض و هي الحالة التي أشارت إليها المادة 308 ق ع بنصها " لا عقوبة على الإجهاض إذا استوجبته ضرورة إنقاذ حياة الأم من الخطر متى أجراه طبيب أو جراح في غير خفاء و بعد إبلاغه السلطة الإدارية " . و لقد علّق الأستاذ " احسن بوسقيعة " أن هذه الحالة هي عبارة عن حالة الضرورة و هي الحالة التي لم يوردها القانون الجزائري ضمن موانع المسؤولية و لو فعل لما كان لمثل هذا النص مبررا. و لقد نصت المادة 72 من القانون رقم 85-05 السالف الذكر " يعد الإجهاض لغرض علاجي عندما يكون ضروريا لإنقاذ حياة الأم من الخطر أو للحفاظ على توازنها الفيزيولوجي و العقلي المهدد بخطر ، و أضافت نفس المادة في فقرتها الثانية " يتم الإجهاض في هيكل متخصص بعد فحص طبي يجرى بمعية طبيب إختصاصي " و هكذا يكون قانون الصحة قد أرشد عن مكان إجراء الإجهاض المرخّص به و شروط إجرائه.

و ما تجدر الإشارة إليه هو أن قانون حماية الصحة أكثر توسعا في ترخيص الإجهاض حيث أضاف إلى ضرورة إنقاذ حياة الأم " الحفاظ على توازنها الفيزيولوجي و العقلي المهدد بخطر " و المعمول به هو أنه عندما تقتضي ضرورة إنقاذ حياة الأم إجراء عملية جراحية أو استعمال وسائل علاجية يمكن أن تؤدي إلى توقيف حملها - يقوم الطبيب المعالج أو الجراح باستشارة طبيبين يكون أحدهما خبيرا معتمدا لدى المحاكم ، و بعد الفحص و المناقشة يحرر الطبيبان شهادة تفيد بأنه لا يمكن إنقاذ حياة الأم إلا باللجوء إلى الإجهاض لغرض علاجي.

---

[1] : أنظر : احسن بوسقيعة . مرجع سابق .ص 43 .

[2] : أنظر : محاضرات الأستاذ احسن بوسقيعة في المدرسة العليا للقضاء ، ملقاة على طلبة السنة الثانية ، دفعة 14 – موضوع المحاضرة : الجرائم الملحقة بالقتل .

كما تنص المادة 33 من المرسوم التنفيذي 92-276 " لا يجوز للطبيب أن يجري عملية قطع الحمل إلا حسب الشروط المنصوص عليها في القانون " و أن مخالفة الطبيب لأحكام نص المادة 72 من القانون رقم : 85-05 من القانون السالف الذكر لا يعرضه فقط للمتابعة الجزائية, بل لاستنكار من السلطات المهنية و فيه يقوم دور المجلس الوطني الجهوي لأخلاقيات الطب الذي يتولى ممارسة السلطة التأديبية من خلال فروعه النظامية حسب المواد : 166 ، 169 من المرسوم التنفيذي رقم 92-276 ، لما في ذلك من مساس بشرف المسلك الطبي و مصداقيته [1] و يرجع سبب تشديد العقوبة على الأشخاص ذوي الإختصاص كالأطباء إلى أن المعلومات التي يدلونها تسهل ارتكاب الجريمة الأمر الذي يشجع الغير إلى اللجوء إليهم [2] .

3/ مسألة التلقيح الإصطناعي :

علمنا أن جسم الإنسان مقدس يحرم التعامل فيه ، لكننا قلنا أنه و لدواعي صحية فالفرد يقوم بالرضوخ للعمليات التي تجرى عليه و بعض الفحوصات حتى يحقق ما يصبوا إليه, ليس فقط الشفاء بل الوصول إلى تحقيق غاية عجز عليها نتيجة ظروفه الصحية فتتدخّل عوامل ضرورية على جسمه كالتلقيح الاصطناعي , فمعلوم أن الإنسان خلق من تزاوج الذكر مع الأنثى فتقوم العلاقة الجنسية في صورتها الشرعية الزواج في صورة الجماع ، كما تقوم علاقة غير شرعية بين الجنسين المختلفين تعطي نفس النتيجة و هو الولد [3] , لكن قد لا يستطيع الزوج رغم اتصاله عن طريق الجماع بزوجته و التي تكون في حالة عادية من الطهر و استعدادها لاستقبال الحيوانات المنوية – النطاف - فتكون هذه الأخيرة غير نشيطة نشاطا فعالا يوافق المعايير الطبية ، أو تكون غير كافية للتلقيح طبيعيا كون العدد الطبيعي يجب أن يتراوح ما بين 60 إلى 120 مليون في السنتمتر المكعب الواحد ، فيضطر المريض هنا إلى لجوئه للطبيب الذي اختاره لكي يقوم بتلقيح اصطناعي في صورة تلقيح داخلي فيعمل الطبيب على الحصول على المني من الرجل و حقنه في فرج الأنثى ليصل إلى البويضة ليلقحها و تكتمل بعدها البويضة لتكون الجنس الطبيعي.

كما يأخذ التلقيح الاصطناعي صورة تلقيح خارجي و يكون مرد ذلك قلّة الحيوانات المنوية أو زيادة عددها من الحد الطبيعي مما يؤدي إلى إعاقة التلقيح فيعمد الطبيب إلى تلقيح البويضة بحيوان منوي بطريقة غير الاتصال الجنسي من الرجل إلى المرأة و تحدث بتلقيح البويضة خارج جسم الإنسان , لكن نتساءل عن الحكم الشرعي لهذه الطريقة ؟

ثار الاختلاف كثيرا بخصوص التلقيح الاصطناعي, فمنهم من أيد ذلك و اعتبر حالات الزوجين أو أحدهما مرضا ومنه يباح علاجه بهذه الوسيلة و لو أدى ذلك إلى كشف العورة بمقدار الضرورة ، و رأي آخر ذهب إلى حرمة ذلك لأن الإنجاب يكون بطريقة طبيعية و ما سوى ذلك يعتبر باطلا .

---

[1] : Mm Hannouz. A.r Hakem. Op.cit .p 95.

[2] : أنظر : محمد صبحي نجم . شرح قانون العقوبات الجزائري . القسم الخاص. ديوان المطبوعات الجزائري . الجزائر. 2000 .ص 63 .

[3] : إن مصطلح الولد يطلق على الذكر و الأنثى لقوله تعالى : : إنما أموالكم و أولادكم فتنة ..." الآية 14 من سورت التغابن .

لكن نتساءل بماذا أخذ المشرع الجزائري بخصوص هذه المسألة ؟ فقانون الأسـرة الذي يعتبر قانونا عاما ينظم شؤون الأسرة [1] اعتبر أن التلقيح الاصطناعي علاقة جنسـية خارجة على نطاق الزواج و هذا ما يمنعه المشرع الجزائري و اعتبر الأمر محظورا إذا ما لقحت الزوجة بماء غير ماء زوجها , لذا نقول أن المشرع الجزائري قد سـاير أحـ ـ ـكام الشريعة فيما يتعلق بهذه المسألة [2] .

4/ مسألة الإنعاش الاصطناعي:

قد تكون حياة الإنسان مهددة بالموت فتكون حالته تستدعي تدخل عوامل خارجيـة لإنقاذ ه, كأن يكون في حالة غيبوبة ناتجة عن إصابة في الرأس أو عجز كلوي أو أن خفقان القلب غير منتظم أو حالة التسمم بالمخدرات و المنومات و المهـدئات, و تعتبـر ظـاهرة الغيبوبة أكثر شيوعا فتتعطل فيها وظائف المخ أو ترتفع فيها درجة حرارة الجسم و التـنفس و الدورة الدموية أو تصل إلى حد موت خلايا المخ و التي يستحيل عودتها للحياة مرة ثانيـة فيفقد كل الصفات التي تتميز بها الحياة الإنسانية [3] .

و هناك من الفقهاء من يرى أن ترك الطبيب لأجهزة الإنعاش تعمـل علـى جسـم المريض يعتبر ضربا من العبث, طالما أن هدفه إطالة الحياة العضوية بطريقة اصـطناعية و إطالة احتضاره فقط. وإذا رجعنا إلى نص المادة : 167 من القانون 85-05 نجدها تؤكد على أن الوفاة تثبت بطبيبين على الأقل عضوان في اللجنة ، و طبيب شرعي , وأن واجـب الحفاظ على حياة المريض تبدأ من يوم تشخيص المرض و علم المريض به إلى أن يتوفى.

5/ مسألة تشريح الموتى :

يقوم الطبيب – الطبيب الشرعي – بشـق جـسم الإنسان و تشريح العنق و الصدر و البطن و الرأس ، لمعرفة أسباب حدوث الوفاة إذا ما طلـب إجـراؤه مـن قـبل أهـل المتوفى أو من قـبل السيد وكيل الجمهوريـة إذا مـا وقعـت الوفـاة نتيجـة جريمـة أو حـادث مـرور يفـتح تحقيـق جنـائي لمعرفـة أسـباب الوفـاة و ظروفهـا .
و قد نصت المادة 168 من القانون رقم 85-05 من قانون الصحة على أن التشريح يتم في حالتين : بطلب من السلطة العمومية في إطار الطب الشرعي و حالة طلب ذلك من الطبيـب المختص, كما يكون بهدف علمي و هذا يعتبر من العلوم الأساسية لطلبة الطب لكي يتمكنـوا من معرفة تركيبة جسم الإنسان ووظائفه ليستطيعوا بعد ذلك إجراء العمليات الجراحية و هم على بينة من أمرهم[4] .

المطلب الثالث : السبب في العقد الطبي

---

[1] : أنظر : المادة : 04 قانون الأسرة الجزائري . مرجع سابق.

[2] : هناك كما قلنا سابقا من يحرِّم هذه المسألة و منهم من يعلّق جوازها على شروط :
- أن يقوم بهذه العملية أطباء مسلمون يوثق في دينهم و أمانتهم و مهارتهم ؛
- وجود ضمانات كافية بعدم وجود أي خطأ في نسبة المني لشخص آخر و لا نسبة البويضات إلى امرأة أخرى ؛
- أن يكون ذلك حال قيام الزوجية ، و لا يجوز أن يتم التلقيح بعد وفاة الزوج أو الطلاق.

[3] : أنظر : ماروك نصر الدين . زراعة الأعضاء البشرية في القانون الجزائري و الشريعة الإسلامية . مجلة المجلـس الإسلامي الأعلى . العدد : 02 . السنة : 02 . الجزائر . جانفي 1999 .ص 199 .

[4] : أنظر : ماروك نصر الدين . مرجع سابق .ص 252 .

حتى يقوم العقد الطبي لا بد من توفر ركن السبب الذي كثيرا ما تضاربت المفـاهيم فيما يخص مشروعيته إلى عدة نظريات ، فلقد نصت المادة 97 ، 98 من التقنين المدني :

- المادة 97 " إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخـالف للنظـام العام أو للآداب كان العقد باطلا " .
- المادة 98 " كل التزام مفترض أن له سببا مشروعا ما لم يقم الـدليل علـى غير ذلك و يعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك ، فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعي أن للالتزام سببا مشروعا أن يثبت ما يدعيه " .

فقيام النظرية التقليدية كان باعتمادها على السبب القصدي أي الغايـة المباشـرة أو الغرض المباشر فهو بالتالي " النتيجة التي تحصـل عليها المتعاقد عند تنفيـذ التزامـه " – فكرة سبب الالتزام – و بالمقابل نجد النظرية الحديثة التي تقوم على سبب العقـد لا بسـبب الالتزام فأخذت بالدافع و ليس الغرض المباشر , و الدافع للتعاقد هو تلك الدوافع النفـسية المتتالية و البعيدة عن الرغبات و الشهوات التي دفعت المتعاقد إلى إبرام العقد [1] .

من هذا التعريف الذي أخذ به المشرع الجزائري – النظرية الحديثـة – نـرى أن السبب في العقد الطبي هو علاج المريض و أن يكون الباعث أو الدافع للتعاقـد هـو شـفاء المريض أو الحد من آلامه أو التخفيف منها ، و بالمقابل فإن الباعـث أو الـدوافع بالنسـبة للمريض هو طلبه العلاج , لكن ما مدى الأخذ بفكرة الدافع أو الباعث للتعاقد باعتباره سـببا للعقد الطبي ؟

فحتى يعتبر العقد بقيام أركانه صحيـحا وجب أن يكون ركن السبب باعتمادنا على النظـرية الحـديثة مشروعا ، بمعنى أن لا يكـ ـ ـ ـون مخـالفا للنظام العـام الأخلاقـي و الأدبي و الاقتصادي و الاجتماعي [2] , و لقد نصت جميع دساتير الجزائـر علـى عـدم انتهاك حرمة الإنسان و حظرت أي عنف بدني أو معـنوي يمس كرامته أو سلامته البدنيـة و المعنوية , و هذا ما نصت عليه المواد 264 ، 266 ، 271 ، 273 ، 274 ق ع .

و نشير إلى أن المشرع الجزائري نص على جريمة لم يكن منصوص عليهـا مـن قبل [3] و هي جريمة التعذيب , فنظرا لخطورتها و أمام وجود معاهدة لتحريم هذا الفعل [4] فإن قانون العقوبات الذي عدل في 2004/11/10 جريدة رسمية رقـم 72 ، نـص فـي المادة 263 مكرر على تعريف التعذيب على أنه " كل عمل ينتج عنه ألم أو عنـاء شـديد جسديا أو عقليا يتم إلحاقه عمدا بشخص ما أيا كان الباعث أو الغرض من هذا العمل [5] .

---

[1] : أنظر : علي فيلالي . مرجع سابق .ص197 .

[2] : نفس المرجع .ص 215 .

[3] : نص المادة 110

[4] : المعاهدة المبرمة في 1984/12/10 ، معاهدة الأمم المتحدة المناهضة للتعذيب و مكافحة أشكال التعذيب ، وقعت عليها الجزائر في 1989/05/16.

[5] : إن تعريف التعذيب من المشرّع الجزائري نقل جيد و هو نقل حرفي لاتفاقية الأمم المتحدة المناهضة للتعذيب .

و بإعتبار ركن السبب ضروري في كل العقود يشترط فيـه أن لا يكـون مخالفـا للآداب ، و على الطبيب أو جراح الأسنان أن يعمدا بالعمل على ما هو منصوص في قواعد المهنة الطبية " يجب على الطبيب أو جراح الأسنان حتى خارج ممارسته المهنية أن يتجنـب كل عمل من شأنه أن يفقد المهنة اعتبارها "[1] .

إن دخول الآلة التي أضحت تعزز المجال الطبي و التي أصبح الطبيب فيها يسـعى إلى تحقيق أهداف و القيام بعدة تجارب للوصول إلى تحقيق نتيجة قد يرضاها المريض لنفسه و تحقق له الشفاء.

و باستقرائنا لقواعد التشريع الجزائري نجد أن قواعد الدستور و كذلك النصـوص المنظمة لمهنة الطب حظرت القيام بهذه الأفعال التي تدخل ضمن نص المادة 97 ق م .

و حتى يتضح ركن السبب بصورة فعالة إرتأينا للتطرق إلى بعض الصور للتجارب العلمية من جهة و مقدرة الطبيب في تقديمه للعلاج أو الحد من الآلام أو وضع حد و إنهـاء حياة شخص ميؤوس شفاؤه.

الفرع الأول : التجارب العلمية

إن التطور المذهل الذي مكّن الإنسان من التحكّم في الآلة و الوصول إلـى حقـائق علمية كانت من درب الخيال و التي يكون فيها جسم الإنسان محلا غير مشروع و لا تقدم له حتى الشفاء و لا التقليل من الآلام ، و من هذه التجارب :

1/ الاستنساخ البشري :
يقصد به " التكاثر اللاجنسي الذي يتم على نقيض التكاثر الجنسي بأخذ خلية جسدية من كائن حي تحتوي على جميع المعلومات الوراثية و زرعها فـي بويضـة مفرغـة مـن مورثاتها ، ليأتي الجنين مطابقا بصفة مطلقة في كل الأشياء للأصل أو الكـائن الأول الـذي أخذت منه الخلية ، الأمر الذي يؤدي إلى الاستغناء عـن الحيـوان المنـوي و المخالطـة الجنسية " [2] , و يقسم الاستنساخ إلى عدة أنواع منها :

الأحادي : و فيه يتم نزع نواة الخلية من جسد أنثى يتم وضعها في بويضة انتزعت من رحم هذه الأنثى بعد تفريغ محتواها و استئصال النواة الأنثوية منها و بعد مضـي فتـرة زمنيـة محددة تنتقل هذه البويضة بمحتواها و تزرع في رحم الأنثى ذاتها لتسـتكمل مـدة الحمـل الطبيعي ، لتنجب طفل نسخة طبق الأصل منها .

---

[1] : أنظر : المادة : 19 من المرسوم التنفيذي رقم : 92-276 السالف الذكر .
[2] : أنظر : جيلالي تشوار . الأحكام الإسلامية في مسائل التغيير الجنسي و الاستنساخ البشري . المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية و السياسية . رقم : 04 . الجزء 36 . سنة 1998 .ص 37.

الثنائي : يتم بنزع نواة من كائن حي مراد استنساخه ذكرا أم أنثى و وضعها في بويضة انتزعت من رحم أنثى بعد تفريغ محتواها و استئصال نواتها الأنثوية ليتم نقل البويضة بمحتواها الجديد لتزرع في رحم ذات الأنثى لاستكمال مدة الحمل الطبيعية لإنجاب صورة طبق الأصل للكائن المراد استنساخه [1] .

الثلاثي : تكون بين كائن حي يراد استنساخه و أنثتين ، حيث تتفق الأنثتين فيما بينهما على أن تقوم إحداهما بحمل بويضتها التي تم انتزاعها من رحمها و تفريغها من محتواها و وضع فيها النواة المستخلصة من إحدى خلايا الكائن الحي المراد استنساخه ، لتستكمل مدة الحمل الطبيعية و تنجب كائنا حيا هو صورة طبق الأصل للكائن المراد استنساخه .

استنساخ الميت : يتم فيه انتزاع خلايا حية مجمدة لشخص الميت يتم انتزاعها منه حال موته فتستأصل نواة من إحدى هذه الخلايا لتوضع في بويضة من رحم أنثى بعد تفريغ محتواها لتنقل بعدها و تزرع في رحم أنثى لتستكمل مدة الحمل الطبيعية لتنجب طفلا نسخة من طبق الأصل للميت.

2/ التغيير الجنسي :

يقصد به استبدال جنس الشخص بجنس آخر ، بمعنى تغيير الجنس الطبيعي للشخص بجنس اصطناعي مضاد لجنسه الأصلي [2] , و أعني بالتغيير هو تغيير الإشارة المتعلقة و لا نعني الكشف عنها و لا نعني بذلك الخنثى لأن أصل الظاهرة إبهام جنسي أصلي و الذي أجاز فيه بعض علماء الشريعة للأطباء أن يقوموا بمثل هذه العمليات الجراحية إذا ما انتهوا إلى وجود دواعي خلقية في ذات الجسد ، و متى كانت العملية الجراحية هي الوسيلة الأخيرة لشفاء المصاب بهذا المرض من علّته.

- **تمييز التغيير الجنسي عن الخصاء بوصفه جريمة :**

  إذا كان التغيير الجنسي يقع بتغيير جنس طبيعي بجنس اصطناعي و لم ينص في القانون صراحة على تحريمه ، إلا أن الخصاء جريمة بوصفها جناية نص عليها المشرع الجزائري في المادة : 274 ق ع ، و يقصد به : استئصال أو قطع أو بتر عضو ضروري للفعل الجنسي أيا كان ذلك العضو .

فإذا كان بإمكاني تطبيق نص المادة 266 ق ع على التغيير الجنسي و إعتبار الأمر ضرب و جرح عمدي باستعمال سلاح أبيض ، و إذا لم تكن نية حرمان الضحية من الإنجاب قائمة فإننا نكون أمام جريمة الضرب العمدي المفضي إلى عاهة مستديمة [3] .
و لقد حصر القضاء الفرنسي عواقب هذا التغيير الجنسي في شكلين :

- عدم مشروعية هذا التدخل الطبي ؛
- مشكلة الحالة المدنية و تغيير اسم الشخص المغير لجنسه و ما يترتب عن ذلك من مشاكل إدارية [4].

---

[1] : أنظر : عشوش كريم . مرجع سابق . ص 76.
[2] : أنظر : جيلالي تشوار . مرجع سابق . ص 29.
[3] : أنظر : احسن بوسقيعة . مرجع سابق . ص 60.
[4] : أنظر : Michel Harichaux Ramu. Juris classeur-civ-fasc: 440-3-ART 1382 à 1386 . année 1993.p 09.

3/ التعـــــقيم :

و يقصد به إجراء عملية جراحية ترمي إلى جعل الشخص ذكرا أو أنثى غير صالح للإنجاب ، و هو الصورة المثلى لعملية الخصاء ، فيكون بقطع الخصيتين أو القضيب فيسمى " الجب " أو سبل الخصيتين أو رضهما دون التعرض للقضيب و يسمى " الوجر " ؛ و لقـد نص الشارع الحكيم على حرمة هذا الفعل بقوله " و الله جعل لكم من أنفسكم أزواجا و جعل لكم من أزواجكم بنين و حفدة و رزقكم من الطيبات" , كما أن التعقيم يتنافى مع قانون الأسرة ، و لقد نص المرسوم التنفيذي رقم 92-276 على أن " لا يجوز للطبيب أن يجري عملية لقطع الحمل إلا حسب الشروط المنصوص عليها في القانون " [1] .

إذن فلا يحق في أي حال من الأحوال إجراء التعقيم لعمل طبي لأنه لا فائـدة منـه حتى و لو استعمال كوسيلة للحد من النسل و استعمل للبحث العلمي و ظـل السـبب غيـر مشروع.

4/ القتل بدافع الشفقة :

إن مثل هذا الفعل يخالف طبعا النظام العام و الآداب و يمس حرمة الإنسان الـذي كرمه الله و صار سيـّد هذه الدنيا ، و لا يحق أن يكون هذا المخلوق مستعملا لسبب غيـر مشروع.

فإذا كـان القتل العمد لا يتأتى إلا بتوافر الركـن الشـرعي و الركـن المادي من جهة ، و الركن المعنوي من جهة أخرى بمعنى القصد الجنائي العام و هو اتجاه إرادة الجاني إلى إزهاق روح إنسان و العلم بتجريم ما يقوم به الجاني ، و إذا انعدمت ينعدم القصد و كذا القصد الجنائي الخاص و هو نية إزهاق الروح ، فهو متوفر على نية قتل شـخص بصـفة عمدية و لا علاقة للـباعث في هذه الجريمة ، لكن قد يثار خلاف قانوني و ديني فـي هـذا المجال سيما عند المجتمعات الغربية ، و لقد أخذت هولندا سنة 1994 و فتحت المجال حول القتل إشفاقا لمريض ميؤوس شفاؤه شريطة أخذ عدة اعتبارات :

- بناء على طلب المريض من الطبيب ؛
- اقتناع الطبيب كون الطلب صادر من إرادة حرة ؛
- المريض ميؤوس من شفائه و لا يحتمل برؤه ؛
- أن لا يكون هناك حل آخر؛
- أن يستشير الطبيب أحد زملائه يكون مستقلا عنه.

بعد ذلك يرجع الأمر إلى لجنة مكونة من طبيب ، رجل دين , تبث هذه اللجنة وفق معايير دقيقة ، و إذا لم تعتمد هذه المعايير سلّطات على من قام بالعملية عقوبة مخففة [2] .

---

[1] : أنظر المادة : 33 من المرسوم التنفيذي رقم : 92-276 . مرجع سابق .
[2] : أنظر : احسن بوسقيعة . مرجع سابق . ص

فرغم أن هذه العملية تقوم على إزهاق روح إنسان بدافع الشفقة و أن حياة المريض ميؤوس من شفائه طبيا ورغم حدة آلامه ,و طلبه الصريح أو الضمني أو طلب من ينوبه ، و سواء قام بتنفيذها الطبيب أو شخص آخر بدافع الشفقة [1] , فلقد نصت القواعد التشريعية على ضرورة الإحترام الكامل للمريض و عدم تعريض حياته لخطر لا مبرر له خلال الفحوصات الطبية.

و بهذا حتى نكون أمام عقد طبي توافرت فيه أركانه من تراض بين المريض و الطبيب و محلا يكون مشروعا و سببا يكون كذلك قد تحتاج رغم ذلك بعض العقود الطبية حتى تقوم على جميع الأركان من توفر ركن الشكلية ، فهل يا ترى نجد هذا الركن مشترط لجميع العقود أم أن الشكلية مجرد وسيلة للإثبات و ليست للانعقاد ؟

المطلب الرابع : الشكلية في العقد الطبي

لقد نص التقنين المدني الجزائري في الباب السادس منه على إثبات الالتزام تحت الفصل الأول المتعلّق بالإثبات و الكتابة , فبين الالتزام الملقى على الدائن و الالتزام الملقى على المدين ، و أخضع بعض العقود – المسماة – إلى الرسمية و التي وضع لها تعريفا دقيقا في المواد 324 و ما يليها ، فهل يخرج العقد الطبي بوصفه عقدا غير مسمى عن طبيعته الخاصة عن هذه الشكلية و ينعقد هذا العقد دون توفر هذا الركن ؟

كأصل عام إن المريض حينما يقصد عيادة طبيب للعلاج – بالمفهوم الواسع – لا نجده يخضع عملية الفحص التي تجرى عليه إلى الشكلية باعتبار العقد المبرم لا يخضع في تكوينه إلى هذه الشكلية ، بل يكفي عنصر التراضي و المحل و السبب كما تم تبيانه سالفا و أما مسألة إثبات قيام هذا العقد تخضع للوسائل المعروفة في الإثبات كالبينة و القرائن و تكون الوصفات الطبية و السجلّات التي يحتويها مكتب – عيادة – الطبيب , وسيلة للإثبات كذالك.

لكن نجد أن المشرع اشترط شكلية معينة لإبرام العقد الطبي ، فمتى تطلب هذه الشكلية؟

حالات وجوب الشكلية كركن لقيام العقد الطبي :

لقد ذكرت عندما تطرقت إلى دراسة ركن المحل إلى وجوب أن يكون مشروعا و عدم استخدام جسم الإنسان لأغراض غير مشروعة إلا في حالات ضرورية أوجبها الحفاظ على الإنسان و منه تحقيق الشفاء له, فلقد نصت المادة 1/162 من القانون 85-05 المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها على ضرورة الحصول على الموافقة الكتابية للمتبرع بالأعضاء البشرية و زرعها لشخص آخر لغرض العلاج ، و أن يكون ذلك بحضور شاهدين اثنين ، هذا من جهة, و من جهة أخرى إذا رجعنا إلى المادة 168 من القانون 85-05 نجد أن المشرع اشترط في حالة تشريح الموتى من أجل هدف علمي

---

[1] : أنظر : هدى حامد قشقوش . القتل بدافع الشفقة . الطبعة الثانية. دار النهضة العربية . القاهرة . 1996. ص 07.

الموافقة الكتابية من المعني بالأمر و هو على قيد الحياة أو موافقة أحد أعضاء أسرته عنـد وفاته.

إلا أن المشرع لم يشترط أن تكون الكتابة رسمية ، بل يكفي أن تكون علـى شـكل ورقة عادية ثابتة التاريخ و موقعة من قبل أطراف العقد الطبي.

إذن أستنتج من خلال ما ذكر في الفصل الأول من هذه المذكرة أن العقـد الطبـي خص بطبيعة قانونية و خاصية جعلته يتميز عن باقي العقود المنظمة في التشريع الجزائري و إذا كنا نفهم أركانه بإسناده للقواعد العامة من تراض و محل يكون فيه جسم الإنسان محل اعتبار دون الاعتداد بالاستثناءات التي قد تجعل هـذا الإنسـان محـلا للتجـارب العلميـة و بسبب مشروع كذالك ، لذا فإن تدخل المشرع في إبراز و تبيان كل الالتزامات التي تقـع على المريض من جهة و على الطبيب من جهة أخرى, حتى نستلهم دراسة هذه المـذكرة و نجعلها دواء كافيا لمن سأل عن الدواء الشافي.

الفصل الثاني : آثار العقد الطبي ، إنحلاله و المسؤولية المترتبة عنه

يرتب العقد بوصفه مصدرا إراديا من مصادر الالتزام منذ إبرامه إلى غاية تنفيـذه – العقود الملزمة لجانبين - التزامات متقابلة و متبادلة قِـبل الأطـراف المتعاقـدة الـذين يكونون ملزمين على تمام العقد على أحسن وجه ممكن ، و إذا أخلّ أحد المتعاقدين بالتزاماته إزاء الطرف الآخر فتمت قواعد قانونية تمكنه من الاستمرار في تنفيذ العقد أو إنهائـه و لا يجـوز لأحد أطراف العقد تعديله " العقد شريعة المتعاقدين " [1] , إلا أن العقد الطبي نظرا للطبيعة القانونية التي يكتسيها و بوصفه عقدا يخضع لأحكام خاصة يقتضـي منـا معرفـة التزامات المتعاقدين (المريض قِـبل الطبيب و الطبيب قِـبل المريض), و أمام عدم الوفاء بهذه الالتزامات التعاقدية تترتب المسؤولية عن العقد الطبي بوصفه عقدا ذو طبيعة خاصة.

لقد نظّم المشرع الجزائري قواعد مهنة الطـــب بصفة عامة فشرع قواعد تخص القانون الأساسي الخاص بالممارسين الطبيين و المتخصصين في الصـحة، كما نظّم مهنة الأطباء و الصيادلة و جراحي الأسنان و القابلات و حدد قواعد إنشاء المؤسسات الاستشفائية المتخصصة و تنظيمها إلى جانب الكثير من القوانين و المراسيم بخصوص هـذه المهنـة و التي من شأنها أن تنظّم و تحدد الالتزامات الكبيرة الملقاة على عاتق الطبيب ؛ إلا أن هناك التزامات تقع من جانب المريض الذي قد يكون البادئ في إبرام العلاقة العقدية للعقد الطبي ، لذا سأدرس التزامات كل طرف على حدى ، و كذالك المسؤولية المترتبة عن الإخلال بهـذه الالتزامات مبرزا عنصر الخطأ و طبيعة المسؤولية.

---

[1] : أنظر : المادة : 106 من التقنين المدني الجزائري .

المبحث الأول : التزامات الأطراف المتعاقدة في العقد الطبي

يرتب العقد الطبي بوصفه عقدا خاصا التزامات على كل من المريض قِـبل الطبيب و الطبيب قِـبل المريض.

المطلب الأول : التزامات المريض قِـبل الطبيب في العقد الطبي

1/ إعلام المريض طبيبه بمرضه :

يلجأ المريض إلى عيادة الطبيب لغـرض الشفاء من علّته, فيقوم بتبيان مرضـه و سببه و ظروفه التي تمكـّن الطبيب من إيجاد العلاج المناسب له, فقد توجد حالات يكـون فيها المريض قادرا على أن يعطي للطبيب وصفا قد يكون سطحيا لعدم معرفته بعلوم الطـب فهنا يكون مساعدا للطبيب, كما قد تكون حالة المريض لا تسمح له بأن يعلم طبيبـه بحالتـه الصحية كأن يكون في غيبوبة أو فاقدا للوعي ، فيعمد الطبيب إلى بـذل العنايـة القصـوى لتشخـيص المرض بغية علاجه ، و لا يجوز له الاحتجاج بعدم إعلامه بـالمرض و هـذا يدخل في باب أنه يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يسعف مريضا يواجه خطرا وشيكا أو أن يتأكد من تقديم العلاج الضروري له.

و قد يجد الطبيب نفسه أمام حالة صعبة في إيجاد علاج للمريض فيلجأ للكذب فـي بعض الأحيان.

2/ الدفع مقابل العلاج :

إذا رجعنا إلى نص المادة : 57 من مدونة أخلاقيات الطب نفهم أن مقابل العلاج هو نقود أو مال بالمعنى العام بنصها " ... لأي طلب مبالغ فيه و يمنع كل تحايل أو إفراط في تحديد السعر أو إشارة غير صحيحة ... " فبقصد بالسعر هو المال .

إذن يتعين على المريض إلتزاما بأن يدفع الأتعاب التي تبقى دين في ذمة المريض إلى الطبيب و يلتزم به ورثته من بعده نتيجة لما قدمه الطبيب من جهد عضلي و فكري .

و نجد عنصر التفاوض يأخذ جانبا أكبر أثناء تقدم المريض أمام الطبيب الخاص أو العيادة الخاصة بل أن المقابل يكون في العقد الطبي – علاقة المريض مع الطبيب – أما المصاريف التي تدفع – في الجزائر – للمستشفيات الجامعية و القطاعات الصحية التابعة لها فهي من قبيل الرسوم التي تتبع الجانب الرمزي في تقديرها , لكن قد لا يحصل هذا الطبيب على أتعابه فما عليه إلا اللجوء إلى القواعد العامة في تحصيله إياها – نقصد طرق التنفيذ المعروفة في قانون الإجراءات المدنية-

إلا أننا نجد في هذه العلاقة العقدية بين المريض و الطبيب أن الجانب الأكبر من الالتزامات يقع على الطبيب و التي تكون فيها هذه الالتزامات مع المريض نفسه أو أهله أو حتى مع زملائه ، و هذا ما سيتم دراسته في هذا المطلب الآتي :

المطلب الثاني : التزامات الطبيب قِبل المريض

تبدو التزامات الطبيب قِبل المريض كثيرة إذا ما قورنت بالحالة العكسية فمنها التزامات تخص علاج المريض (الفرع الأول) و أخرى تخص علاقة الطبيب بالمريض و حدود هذه العلاقة و قوامها (الفرع الثاني) مع ضرورة تبيان طبيعة هذا الالتزام الملقى على عاتق الطبيب و هل يتعلّق بالمبدأ العام بذل عناية أو بتحقيق نتيجة (الفرع الثالث).

الفرع الأول : الالتزام بتقديم العلاج

عند زيارة المريض للطبيب – بالمصطلح العام – بغرض الحصول على الشفاء يعلم المريض طبيبه بموضع الآلام و يصف حالته الصحية بكل صدق, بعدها يقوم الطبيب بعملية تشخيص المرض و بحصره ليدرس خصائصه معتمدا بذلك أولا على قدراته الفكرية و العلمية و مستعينا بالتجهيزات الطبية الضرورية للتشخيص و أخذ المشورة من زملائه متى اقتضت الضرورة ذلك (1) ، و غالبا ما تنتهي مرحلة التشخيص بأن يقدم الطبيب للمريض وصفا طبيا للعلاج و عادة ما يقدم وصفة كتابية و التي يملك فيها هذا الأخير (2) الحرية التامة التي يراها ملائمة في تقديمه للوصفة (3) .

---

(1) : أنظر : المادة : 69 من المرسوم التنفيذي رقم : 92-276 . مرجع سابق.
(2) : يقصد به الطبيب ، الجرّاح الطبيب و جرّاح الأسنان ، المساعدات الطبيات ، القابلات.
(3) : أنظر : المادة : 11 من المرسوم التنفيذي رقم : 92-276 . مرجع سابق.

الفرع الثاني : الالتزام الذي يخص علاقة الطبيب بمريضه

الأصل أن يصدر الرضا من المريض نفسه طالما أنه في حالة تسمح له بذلك و أن رضاه يعتد به قانونا ، أما إذا كان المريض في حالة لا تسمح له بالتعبير عن رضاه في الوقت الذي تستدعي حالته التدخل السريع أو كان لا يتمتع بالأهلية الكاملة فإنه يعتد برضاء ممثليه ؛ لكن هناك حالات لا يلزم فيها الرضا لوقوعه في وضع لا يسمح له إبداء ذلك الرضا لكونه في غيبوبة أو ناقص الأهلية أو عديمها فهنا يلزم ممثليه كذلك .

و لا يلزم الرضا كذلك في الرضيع الذي تقتضي حالته المرضية التدخل السريع و عدم انتظار رأي ممثليه أو أقاربه كمن هو في حادث , و يثور الأمر كذلك في العمليات الجراحية حيث تقتضي الضرورة أحيانا إجراء عملية جراحية أخرى ملازمة لا تحتمل الانتظار ، و من الأمثلة على ذلك ما قضت به المحاكم الفرنسية من أن جراحا أثناء قيامه بعملية استئصال الزائدة الدودية قد لاحظ أن مبايض المريضة ملتهبة فاستأصلها دون أخذ رضاها ، و نفس الشيئ بالنسبة للجراح أثناء عملية استئصال ورم بسيط ظهر له أنه سرطان مما يقتضي إجراء عملية أخطر فقاما بها فتم بالتالي مساءلتهما (1) .

أ) التزام الطبيب بإعلام المريض :

حتى يكون رضا المريض صحيحا بنوعية التدخل الطبي فإنه يقع على عاتق الطبيب الالتزام بإحاطته علما بطبيعة العلاج و مخاطر العملية الجراحية و إلا كان الطبيب مسؤولا عن كافة النتائج الضارة من جراء تدخله و لو لم يرتكب خطأ في عمله (2) .

فإذا رجعنا إلى التشريع الجزائري نجده لم يعرف هذا الالتزام بل أشار إليه في بعض المواد فقط " يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يجتهد لإفادة مريضه بمعلومات واضحة و صادقة بشأن أسباب كل عمل طبي " (3) , و جاء مصطلح " يجب " ليفيدنا أن الالتزام بالإعلام يجب أن يتوخّى فيه الطبيب الوضوح و الصدق بل يكون متبصرا أي يسبق موافقة المريض إعلام الطبيب له بكل جوانب العمل الطبي الذي سيقوم به (4) .

فإذا بحثنا عن أساس التزام الطبيب بإعلام المريض نجد أن حالة الضعف التي يوجد فيها المريض كونه جاهلا بخبايا الطب و تقنياته يتعامل مع طبيب – متمرس – و يجد هذا الالتزام تأسيسه في :

---

(1) : أنظر : محمد حسين منصور. مرجع سابق. ص ص34 - 35 .
(2) : قرارات صادرة عن : Montpellier 05 juill 1949 D 1950 . 11 . Bordeaux 08 mars 1963
(3) : أنظر : المادة : 43 من المرسوم التنفيذي رقم : 92-276 . مرجع سابق.
(4) : أنظر : سعيدان أسماء . ملخص بحث لنيل شهادة الماجستير . فرع العقود و المسؤولية تحت عنوان : التزام الطبيب بإعلام المريض . كلية الحقوق . جامعة الجزائر.

1- رابطة الثقة التي تجمع الطبيب بمريضه و التي يعتبر فيـــها الاعتبار الشخصي – الكفاءة – التي تجعل المريض يرى في هذا الأخير الحامي الطبيعي و المنقـذ مـن الآلام و المعاناة.

2- عامل أخلاقيات المهنة الذي يحتم عليه الاجتهاد لإفادة مريضه بمعلومات واضحة و صادقة للحصول على موافقة حرة و متبصرة.

3- احترام المريض ككائن إنساني واعي و متبصر [1] ، و هذه القواعد قـد أقرهـا المرسوم التنفيذي 92-276 السالف الذكر.

أما بخصوص المحل الذي ينصب عليه الإعلام نجد أن القضاء الفرنسي مستقر على ضرورة إعلام الطبيب لمريضه مسبقا في كل تدخل أو وصف علاجي ، وهذا ما أكده الحكم الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ : 1969/11/17 [2] ، كمـا ينجـر – يعلـم – المريض بتكاليف العلاج و الأخطار الناجمة عن مباشرة العلاج و التطور المحتمل حصـوله لحالة المريض ، وهذا بأن يكون الإعـــــــلام واضـح [3] و بـإخلاص و مفهـوم للمريض و لائق [4] ، و ينصب الإعلام أيضا على الاحتياطات الواجب اتخاذها قبل و بعـد التدخل الجراحي ، و له أن ينصحه بعلاج ما أو تدخل جراحي معين , وإذا كنا أمام العيادات الخاصة فيكون محل الإعلام بالنظر للعقد الذي يجمع العيادة بالمريض و الذي يقدم للمريض ساعة دخوله للعيادة , فالتزامها بالإعلام منصب على الخـــدمات التي تقدمها للمـريض و إذا لم يثبت إخطار المريضة الحامل بعدم توفر المستشفى الخاص على الخدمات الدائمـة للتوليد فإنها خالفت المضمون الواجب للإعلام [5] .

غير أن المشرع لم يبين شروط شكل الإعلام مما يجعل الطبيب حرا فـي إختيـار الطريقة التي يراها مناسبة في إعلام مريضه ، فبإمكانه أن يقدم لـه معلومـات مكتوبـة أو شفوية إلا في حالات يجبر فيها أن يكون الإعلام مكتوبا و في حدود هذا الالتزام , فقد سـاد في توجه القضاء الفرنسي السابق أن الطبيب لا يلتزم بإعلام المـريض إلا عـن المخـاطر المتوقعة و في العمليات الجراحية التجميلية ، و لا يكون ملزما بالإخبار عـن المضـاعفات و الأخطار النادرة و التي لا يؤدي الإدلاء بها إلى المريض وقوع أضرار له (تأكـد هـذا التوجه في حكم محكمة النقض الصادر في 23 ماي 1973) , أما الاتجاه الجديـد للقضـاء الفرنسي فأصبح فيه الالتزام بالإعلام ينصب على المخـاطر الجسـيمة دون التفرقـة بـين الأخطار المتوقعة و الأخطار الاستثنائية و تأكد ذالك بالأحكام الآتية :

- حكم محكمة النقض الفرنسية 1998/02/17 [6].
- الحكم الصادر عن الغرفة الأولى لمحكمة النقض 1998/05/27.
- الحكم الأكثر تجسيدا للمبدأ حيث أن المحكمة نقضت حكم محكمة الاسـتئناف التي رفضت دعوى المريضة ضد طبيب على أساس أن هذا الأخيـر غيـر

---

(1) : أنظر : شهيدة قادة . التزام الطبيب لإعلام المريض المضمون و الحدود و جزاء الإخلال . موسوعة الفكر القانوني . الملف المسؤولية الطبية . مجلة الموسوعة القضائية الجزائرية. دار الهلال للخدمات الإعلامية. حيدرة . الجزائر.

(2) : Philip le Tourneau Laic. Droit de la responsabilité. Dalloz action. Paris. 1998. p 313.

(3) : أنظر : المادة : 43 من المرسوم التنفيذي رقم : 82-276 . مرجع سابق .

(4) : civ 19 avril 1988.

(5) : حكم محكمة النقض : 1997/10/14.

(6) : أنظر : Patrice jourdain. Responsabilité civile. RTD CIV- janvier/mars . 1999. p 111

ملزم بالإعلام إلا عن الأخطار المتوقعـة و قالـت : " كـون أن الأخطـار استثنائية و غير متوقعة لا تسقط بالمرة عن الطبيب التزامه بالإعلام.

إلا أن المشرع الجزائري و في وسط هذه الأحـكام وجـد نفسـه بـين أمـرين متناقضين ؛ نص المادة : 2/162 من القانون 85-05 المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها ، إذ تمنع المتبرع أن يعبر عن موافقته إلا بعد أن يخبره الطبيب بالإخطار الطبية المحتملة و التي تتسبب فيها عملية الانتزاع من جهة ، و نص المادة : 4/166 من القانون السالف الذكر من جهة أخرى " لا يمكن التعبير عن الموافقة إلا بعد أن يعلم الطبيب الشـخص المستقبـل أو الأشخاص المذكورين بالأخطار الطبية التي تنجر عن ذلك "، فهنا عبارة الأخطـار الطبيـة جاءت عامة مما تجعلها تنصرف إلى الأخطار المحتملة و غيرها [1] .

و يعتبر الإخلال بهذا الالتزام موجبا للمسؤولية ، فبعد أن وضحنا في شرحنا للفصل الأول مفهوم العقد الطبي ، طبيعته و أركانه ، و عمـوما ماهية العقد الطـبي و حـديثنا عن قرار " مارسيي *MERCIER* " ، يمكن القول أن الفقه و القضاء انتهى إلى أن مسـؤولية الطبيب هي مسؤولية عقدية ، إلا أن ذلك لا يحول دون قيام المسؤولية التقصيرية حالة انعدام رضا المريض أو حالة الضرر المستقل عن العمل الطـبي كسقوط المريض مـن طاولـة العمليات أو سقوطه من السرير ، فيمكن إذن لهذا الأخير أن يرفع دعوى ضده و ما عليه إلا إثبات الخطأ و الضرر و العلاقة السببية [2] ، و وما هو مستقر عليه قضاءا بخصوص الخطأ هو مقارنتة بين مسلك الطبيب اليقظ و المسلك العادي للطبيب فينعقد الخطـأ أثنـاء إجـراء التدخل الطبي أو قبله بل حتى بعده و إذا كان الكذب من الطبيب مقبولا لو كان من شأنه أن يخفف عن المريض حدة مرضه ، فهو يعتبر إخلالا بالالتزام إذا كان الأمر المخفي عنصـرا إيجابيا مساعدا على تحسين صحة المريض ؛ فقد نصت محكمة باريس في حـــكم لهـا (1952/03/07) أن الطبيب الذي يخفي عن المريض نتائج التحـاليل السلبية و ينفي بأنها سلبية و بالتالي تتقرر شكوكه في إصابة المريض بالسرطان, فيكون قد ارتكب خطأ يـؤدي إلى إثارة مسؤوليته.

و يجب إعلام الطبيب مريضه بالمعلومات حول خطة العلاج و مخاطره كما يقـع على الطبيب الالتزام بإثبات واقعة إعلام مريضه و هذا ما أكدته محكمة الـنقض الفرنسـية التي أصدرت حكما تتلخص وقائع القضية في : أنه أجريت على شخص عملية جراحية فـي مستوى المعدة [3] أسفرت عن إصابة المريض بثقب في الأمعاء [4] ، فرفع دعوى مسـؤولية الطبيب مطالبا بالتعويض عما لحقه من ضرر بسبب عدم إعلامه ، فرفضت المحكمة دعواه استنادا إلى أن عبء إثبات إخلال الطبيب بالتزامه يقع على المريض الذي لم يقدم دليلا على ما يدعيه. لكن محكمة النقض الفرنسية ألغت هذا الحكم باعتبار أن الطبيب هو الملتزم بالقيام بإثبات تنفيذ التزامه بالإعلام بما أن الالتزام يقع على عاتقه.

---

[1] : أنظر : شهيدة قادة . مرجع سابق . ص ص 87-88 .

[2] : أنظر : سعيدان أسماء . مرجع سابق . ص ص 65-66 .

[3] : Coloscopie avec ablation d'un polype

[4] : une perforation intestinale

هذا إذا كنا أمام القطاع الخاص ، أما في القطاع العام فإن عبء الإثبات يكون على عاتق المستشفى و هذا ما حكمت به المحكمة الإدارية بباريس حكم 26 ماي 1998 ، و يبدو أن هذا الحكم منطقي عندما جعل عبء إثبات الالتزام على عاتق الطبيب مستندا إلى القواعد العقدية " على الدائن إثبات الالتزام و على المدين إثبات التخاص منه " إذ أن الشخص الـذي يدعي تخلّصه من الالتزام هو من يجب عليه أن يقيم الدليل على الوفاء به هذا من جهة ، من جهة أخرى إذا جئنا إلى عنصر الضرر المترتب عن الإخلال بالالتزام بالإعلام و التعويض عنه نجده في نص المادة : 124 من التقنين المدني الجـ ـزائري ، و هذا يعني أنه لا يترتب الجزاء عن الإخلال بالالتزام بالإعـلام إلا إذا مس مصلحة قانونية محمية لأنه و كما يقول الأستاذ *"Philip le Tourneau : Il n'y a pas d'action en responsabilité sans préjudice à réparer* [(1)] . و أن هذا الضرر الناتج عن الإخلال بالالتزام بالإعـلام يحرم المـريض من فرصة حاسمة من إتخاذ القرار الفاصل لو تم إبلاغه في الوقت المناسـب ، و بالتـالي يستطيع المريض أن يطالب بالتعويض و لا يمكن للطبيب رفض تقديم التعويض للمـريض بحجة أنه حقق له منفعة كبيرة بتجنبه خطر الموت رغم أن عدم الإعلام قد يسبب له ضررا ، و من جهة أخرى فإنه لا يعمل بمبدأ المقاصة بين النفع العائد على المريض مـن العمـل الطبي و الضرر الذي أصابه من جراء عدم إعلامه.

و أثناء تقدير التعويض من قـِبل القاضي فإنه يأخذ بعين الاعتبار مدى حسن النية المتوخى من الطبيب و رغبته في إنقاذ المريض , و كذلك الحالة الصحية التي يوجد فيها هذا الأخير و جميع تطوراتها و طبيعة التدخلات العلاجية [(2)] .

ب) التزام الطبيب بالسر الطبي :

كذلك يمكن إضافة التزام على عاتق الطبيب في علاقته مع مريضه – أو من ينوبه أو حتى ورثته – يعرف هذا الالتزام بالسر المهني ، فماذا يقصد به (1) و متى يعتبر سـببا من أسباب الإباحة (2) و ما هي العقوبات المقررة لمن أخل بهذا الالتزام (3).

(1) : ماهية الالتزام بالسر المهني كالتزام يفرض على الطبيب [(3)]

نصت المادة 206 من المرسوم التنفيذي 92-276 [(4)] " إن احـترام شرف المريض و حماية شخصيته مضمون بكتمان السر المهني الذي يلزم به كافة الأطباء جراحوا الأسـنان و الصيادلة " .

و نصت المادة 36 منه على " يشترط في كل طبيب أو جراح أسـنان أن يحـتفظ بالسر المهني المفروض عليه لصالح المريض و المجموعة إلا إذا نص القانون على خـلاف ذلك.

---

(1) : Philip le Tourneau. Op.cit.p196:

(2) : أنظر : سعيدان أسماء . مرجع سابق . ص 89 .

(3) : الطبيب بالمفهوم العام إذ يدخل في مفهومه جميع من شملهم نص مدوّنة الأخلاق الطبيّة.

(4) : هذا المرسوم معدّل بالقانون رقم : 90-17 المؤرخ في 1990/07/31.

و نصت المادة 37 منه " يشمل السر المهني كل ما يراه الطبيب أو جراح الأسنان و يسمعه و يفهمه أو كل ما يؤتمن عليه خلال أدائه لمهمته ".

إذن نلاحظ أن المشرع الجزائري وضع عدة نصوص معرفة لموضوع السر المهني للطبيب ، إلا أنه لم يضع تعريفا خاصا لهذا الالتزام فلو لاحظنا فحوى المادة 206 من المرسوم السالف الذكر نجد أن السر المهني للطبيب نظر المشرع الجزائري هو جزء من شرف المريض و شخصيته ، و المادة 37 منه توضح أن السر الطبي لا يقتصر على المعلومات الخاصة بنوع المرض أو الإصابة التي يعاني منها المريض أو العلاج و إنما يشتمل على كل ما يتصل بالعمل الطبي من فحص أو تشخيص كإجراء التحاليل و الإشعاعات و عمليات الإستكشاف كالمناظر ، أما المعلومات و البيانات التي لا تتعلق بالعمل الطبي ذاته فلا يضفي عليها المشرع صفة السر و من ثم لا تعد من قبيل الأسرار الطبية التي يترتب على إفشائها المسؤولية الجنائية ؛ مثال : أسعار الخدمات الطبية المقدمة للمريض من فحص و تحاليل [1] حيث أن القانون ألزم الأطباء بحفظ السر المهني و جرم إفشاءه تحت طائلة المسؤولية إلا في الحالات التي نص عليها و التي سيتم تبيانها أدناه و هذا ما يُستشف من نص المادة 36 من المرسوم التنفيذي 92-276 السالف الذكر.

و يعتبر الطبيب مفشيا للسر الطبي إذا ما استعمل الوسائل الآتية :

- ✓ النشر في الصحف و الدوريات العلمية و الكشف عن هوية المريض و هذا ما لا يتماشى مع نص المادة 39 من المرسوم التنفيذي السالف الذكر. كما يمنع على الطبيب تسليم أي تقرير مرض أو شهادة مجاملة [2] ، و يدخل في هذا المجال التزام الطبيب بإبلاغ رب العمل حول مدى صلاحية العامل الذي يتقدم للعمل في أية جهة عامة أو خاصة دون أن يفصح عن طبيعة أو نوع المرض الذي يعاني منه هذا العامل .
- ✓ الملفات الطبية التي تحتوي على النتائج المتحصل عليها في متابعة المريض و غيرها من المعلومات التي تخص المريض يجب أن تحظى بسرية تامة و هذا ما نصت عليه المادة 40 من المرسوم السالف الذكر " يجب أن يحرص الطبيب أو جراح الأسنان عندما يستعمل هذه الملفات الطبية لإعداد نشرات علمية على عدم الكشف عن هوية المريض ".

و نعني بالأطباء الذين يقع على عاتقهم هذا الالتزام – عدم إفشاء الأسرار – كل شخص يتصل عمله بالمهن الطبية أو الصحية بطريق مباشر أو غير مباشر أو بحكم الضرورة سواء كان مرخص له أو غير مرخص له بمزاولة المهنة – يدخل في هذا الباب الصيدلي الذي خصه المشرع بنص خاص : " يلزم كل صيدلي بالحفاظ على السر المهني إلا في الحالات المخالفة المنصوص عليها في القانون " [3] .

---

[1] : أنظر : مروك نصر الدين . مرجع سابق. ص 9 .
[2] : أنظر : المادة 113 من المرسوم التنفيذي رقم : 92-276 . مرجع سابق .
[3] : أنظر : المادة : 113 من المرسوم التنفيذي رقم : 92-276 . مرجع سابق .

كما يدخل في هذا المجال كذلك طلبة الطب و هذا ما أشارت إليه المادة 226 من قانون حماية الصحة و ترقيتها " يجب على المساعدين الطبيين أن يلتزموا بالسر المهني إلا إذا حررتهم من ذلك صراحة الأحكام القانونية ".

إلا أن الالتزام بالسر المهني قد يوجد في ظروف معينة تفرض على الطبيب واجب الإفشاء بالسر :

(2) : يكون من حق الطبيب أن يفشي سر مرض الإبن لوالده عندما يكون من الضروري أن يعرف حالته الصحية ، كما يحق له أن يخبر زوجة المريض بمرض زوجها المعدي تجنبا للعدوى, بغض النظر عن الواجب القانوني المفروض على الطبيب المتمثل في إبلاغ المصالح الصحية المعنية [1] مما يدخل ضمن حالات الضرورة كما يحق لهذا الأخير كشف السر للدفاع عن نفسه و هذا ما نصت عليه المادة 4/206 من المرسوم 92-276 السالف الذكر المعدل بالقانون رقم : 90-17 المؤرخ في : 1990/07/31 " لا يلزم الطبيب أو جراح الأسنان أو الصيدلي سواء كان مطلوبا من القضاء أو خبيرا لديه بكتمان السر المهني أمام القاضي فيما يخص موضوع محدد يرتبط بمهمته و لا يمكنه الإدلاء في تقريره أو عند تقديم شهادته في الجلسة إلا بالمعاينات المتعلقة فقط بالأسئلة المطروحة ، كما يجب عليه كتمان كل ما توصل إلى معرفته خلال مهمته تحت طائلة ارتكاب مخالفة إفشاء السر المهني " و أن صاحب السر بإفشائه له يعفي حامله من واجب الكتمان ، فصاحب السر له أن يفشيه و لا جريمة لفعله هذا و من ثم يجوز له أن يطلب ممن استودعه هذا السر بأن يفضي به نيابة عنه إلى الغير و لا يقتصر ذلك على الحالة التي يودع فيها المريض السر بنفسه و إنما يمتد ليشمل الحالة التي يودع فيها السر بمعرفة الغير ، بمعنى أي شخص آخر , هذا و ما تجدر ملاحظته في هذا الخصوص هو أنه إذا تعدد أصحاب السر فيجب توافر رضاهم جميعا بإفشائه فإذا كان الطبيب يعالج مجموعة من المرضى بمرض معين فلا يجوز له إفشاء السر إلا برضاهم[2].

أما إذا توفي المريض فقد نصت المادة 41 من المرسوم 92-276 السالف الذكر " لا يلغي السر المهني بوفاة المريض إلا لإحقاق حقوقه " و عليه فقد منع المشرع الجزائري كمبدأ عام على الطبيب أو الورثة إفشاء سر مرض الميت, و أقر استثناءا من هذا المبدأ إفشاء السر إذا كان لمصلحة مشروعة تبرر هذا الإفشاء ، مثال ذلك : حق ورثة البائع مثلا في الحصول على شهادة من الطبيب المعالج تثبت إصابة مورثهم بعاهة عقلية لإثبات عيب مورثهم, و كذلك الزوجة المتوفى عنها زوجها في طلبها معلومات خاصة بزوجها إذا كانت لها مصلحة مشروعة في ذلك كطلب التطليق للعيوب التي تحول دون الهدف من الزواج طبقا للمادة : 2/53 من قانون الأسرة الجزائري .

كما أن المشرع الجزائري أعفى الأطباء من الالتزام بالسر المهني إذا ما قاموا بالتبليغ عن الجرائم التي علموا بها أثناء ممارستهم لمهنتهم أو بسببها و هذا ما نصت عليه

---

(1) : أنظر : المادة : 54 من قانون حماية الصحة و ترقيتها . مرجع سابق .
(2) : أنظر : مروك نصر الدين . مرجع سابق . ص22 و 23

المادة 2/301 من قانون العقوبات بخصوص إعفائهم من العقاب في حالة الإبلاغ عن جريمة الإجهاض سواء علموا بها بمناسبة أدائهم لعملهم أو تم علمهم بواسطة الغير.

كما ألزم المشرع الأطباء أن يبلّغوا على سوء معاملة الأطفال القصر و الأشخاص المحرومين من الحرية التي لاحظوها خلال ممارستهم لمهنتهم [1] و أن الطبيب ملزم كذلك بالإبلاغ عن كل ما يمس سلامة جسم الشخص أو عقله أو كرامته و لو كان لمجرد حضوره أو تعذيبه أو سوء معاملته و هذا إلى السلطة القضائية [2] ، و أن الطبيب ملزم كذلك بإبلاغ السلطات المختصة إذا لاحظ أن القاصر أو شخص معوق هو ضحية معاملة قاسية أو غير إنسانية [3] .

و المشرع الجزائري وضع حدودا لهذا السر الطبي بوصفه التزاما يقع على عاتق الطبيب و جعل الإفشاء به أمرا ضروريا إذا ما تعلّق بـ : الصحة العمومية بالتزام الطبيب بالتصريح بهذه الأمراض و إفشاء حقيقة الأمر منها : الأمراض المعدية و مرض الزهري [4] و مما يتعلق بالحالة المدنية عندما يصرح بالمواليد و الوفيات [5] .

و حفاظا على حسن سير العدالة يلتزم الطبيب بأداء الشهادة أمام القضاء و هذا ما نصت عليه المادة 5/206 من القانون رقم 90-17 المؤرخ في 1990/07/31 المعدل للقانون رقم 85-05 المؤرخ في 1985/02/16 السالف الذكر و المتمم " لا يمكن للطبيب أو جراح الأسنان أو الصيدلي المدعو للإدلاء بشهادة أمام العدالة أن يفشي الأحداث المعينة بالسر المهني إلا إذا أعفاه مريضه من ذلك ".

إذن نلاحظ أن المشرع الجزائري ألزم الطبيب الحاضر للشهادة في الجلسة أن يدلي بالمعلومات المتعلقة بالمعاينات المتصلة بالأسئلة المطروحة عليه فقط و أن لا يتعداها للمعلومات الأخرى التي يعرفها و التي لا تكون موضوع سؤال و هذا ما نصت عليه المادة 4/206 من المرسوم التنفيذي 92-276 السالف الذكر و يقع تحت طائلة ارتكاب مخالفة إفشاء السر المهني .

كما ألزم المشرع الجزائري الطبيب الخبير بالمحافظة على سر المهنة , و يلتزم بالجواب عن الأسئلة و الموضوعات التي طلب الاستفسار عنها و التي دعي إلى فحصها و خارج هذا النطاق يجب على الطبيب أن يخفي ما يكون قد ظهر له أو علم به بسبب وظيفته تأكيدا للقسم الذي أداه.

هذا هو الالتزام بالسر المهني الذي يقع على عاتق الطبيب – بالمفهوم الواسع – و أن إخلاله بهذا الالتزام على النحو الذي تم التفصيل فيه أعلاه يعد إخلالا بالتزامه مما تقرر

---

(1) : أنظر : المادة : 3/206 من القانون رقم : 90-17 المؤرّخ في 1990/07/31. مرجع سابق.

(2) : أنظر: المادة : 12 من المرسوم التنفيذي 92-276 . مرجع سابق .

(3) : أنظر : المادة : 54 من المرسوم التنفيذي 92-276 . مرجع سابق .

(4) : مرض يخص الأعضاء التناسلية.

(5) : أنظر : المادة : 62 و 79 من قانون الحالة المدنية .

عليه العقوبات التأديبية و حتى الجزائية و هذا ما نصت عليه المـادة 211 مـن المرسـوم التنفيذي 92-276 و منه يحال الطبيب للفرع النظامي الجهوي و المادة 301 مـن قـانون العقوبات قررت عقوبة تصل إلى الحبس من شهر إلى ستة أشهر و بغرامة مالية تتـراوح من 500 إلى 5000 دج بالإضافة لخضوعه نص المادة 235 من القـانون رقـم : 85-05 السالف الذكر .

ج / إلتزام الطبيب بالعناية الطبية عقب إجراء العملية

لا يتوقف التزام الطبيب بمجرد إجراء العملية الجراحية بل يمتد التزامه إلى العناية بالمريض عقب ذلك حتى يتفادى ما يمكن أن يترتب عن العملية من نتائج و مضاعفات سلبية من جهة ، و حتى يستطيع الخروج من الغيبوبة و يستعيد يقضته من جديد من جهة أخـرى, ولا يصل ذلك بطبيعة الحال إلى حد ضمان شفاء المريض و نجاح العملية بـل الاسـتمرار و الرعاية و بذل العناية في ذالك.

و لقد اعتبر الطبيب مسؤولا عن الحروق التي أصابت المريض حال غيبوبته عقـب إجراء العملية بسبب عمليات التدفئة التي قام بها الممرضون , إذ كان ينبغي أن يراقب بنفسه درجة الحرارة اللازمة [1] .

و اعتبر الطبيب مسؤولا عند إجراءه العملية الجراحية للمريض في عينه, فيتركـه يعود إلى منزله دون أية مساعدة أو احتياطات رغم علمه بأن المـريض سيصـعد الطـابق الثالث و أن الجرح لا زال حساسا بالدرجة التي يمكن أن تنشئ عن ذلك مضاعفات خطيـرة له [2].

الفرع الثالث : طبيعة الالتزام الذي يربط الطبيب بالمريض في العقد الطبي

بينّا فيما سبق أن تكوين العقد الطبي ينطلق من تطابق التراضي من كلا الجانبين – المريض و الطبيب – فتكون الإرادة الصحيحة شرطا لازمـا و رغـم أن العقـد شـريعة المتعاقدين ، فإن الإلتزام الذي يقع على الطبيب قِبل المريض لا يخرج عن كونه التزاما ببذل عناية أو تحقيق نتيجة.

و لقد بينا أثناء تناولنا الطبيعة القانونية للعقد الطبي [3] و ما قررته محكمة الـنقض الفرنسية في حكمها الشهير الصادر في 1936/05/20 (قرار ماسيي) أن العقد الذي يتم بين الطبيب و المريض يوجب على الأول إن لم يكن بطبيعة الحال الالتزام بشفاء المريض فعلى الأقل ببذل عناية و القيام بجهود صادقة يقظة متفقة مع الظروف التي يوجـد بها المريض و مع الأصول العلمية الثابتة [4] .

---

(1) : paris 04 juill 1932 D 1933.2.133
(2) : Paris 15 fev 1950 J.C.P. 1950.2.5566
(3) : أنظر المبحث الأول من الفصل الأول : الطبيعة القانونية للعقد الطبي
(4) : أنظر : محمد حسين منصور . مرجع سابق.ص 152 .

إذن يبقى للإرادة التي توافقت بين طرفي العقد الأثر في إضفاء الطبيعـة القانونيـة للإلتزام , و يمكن أن ترجع طبيعة الإلتزام إلى طبيعة الإنفاق ذاته , فهل هو إلتـزام ببـذل عناية أم تحقيق نتيجة ؟

و رغم عدم وجود خلاف بين محكمة النقض الفرنسية و المصرية حـول المبـدأ العام فيما يخص طبيعة الالتزام الذي يقع على الطبيب و المتمثل في بذل عناية و ليس تحقيق نتيجة ـ إلا أن العناية المطلوبة منه تقتضي أن يبذل أثناء علاج مريضه جهودا صادقة يقظة تتفق في غير الظروف الاستثنائية مع الأصول المستقرة في علم الطب ، فيسأل الطبيب عن كل تقصير في مسلكه الطبي لا يقع من طبيب يقظ في مستواه المهني وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول كما يسأل عن خطئه العادي أيا كانت جسامته.

1- التزام الطبيب ببذل العناية

الطبيب في هذا الالتزام مطالب بأن يضع في خدمة مريضه الوسائل التـي يملكهـا و أن يمارس كافة عنايته و جهوده العلمية و الفكرية في تنفيذ العقد, و أن يقدم أفضل ما لديه و كل ما يستطيع في سبيل ذلك و حيث يطبق هذا الالتزام على كافة فروع المهن الطبية بدءا بالطبيب العام ، الأخصائي ، الجراح و طبيب الأسنان [1].

و إذا كان أصل الالتزام هو بذل الطبيب العناية اللازمة في تقديم العلاج للمـريض فإن ما يبرر هذا هو مقدار الخطر الذي يساير العمل الطبي عادة و بأن أي تشخيص للمرض أو وصف دواء له أو علاجه يحتوي على قدر مهم من الاحتمال يجعل من تحميله بـالالتزام بتحقيق الشفاء ظلما لا يقبله عاقل ، فالطبيب لا يعِد بالشفاء بل يعتمد في جانب كبير منه على عناصر غير موزونة و لا محسوبة تخرج عن نطاق قدراته و سيطرته.

فلا يكفي لكي يعد الطبيب مخلا بالتزامه أن يخطىء في العـلاج أو تسـوء حالـة المريض بل يجب أن يقوم الدليل على تقصير الطبيب في عنايته, و لا يتأتى هذا إلا إذا وقع منه خطأ يمكن أن تترتب عليه المسؤولية و يتحدد مدى التزام الطبيب بالقواعد المهنية التـي تفرضها عليه مهنته, و ما جرت عليه عادة الأطباء في نفس الظروف كما يدخل في تحديـد التزامه مستواه المهني فالطبيب العمومي لا يتحمل نفس الالتزامات التي يتحملهـا الطبيـب الخاص إذ يطلب منه قدر من العناية يتفق مع هذا المستوى ، كما يتحـدد الالتـزام كـذلك بالظروف الخارجية التي يوجد فيها و يعالج فيها المريض كمكـان العـلاج و الإمكانيـات المتاحة.

2- التزام الطبيب بتحقيق نتيجة

إذا كنا حددنا المبدأ العام لالتزام الطبيب نحو المريض في العقد الطبي بأنه التـزام ببذل عناية فإن هناك حالات استثنائية يقع فيها على الطبيب التزامـا محـددا obligation

---

[1] : أنظر : جميل صالح . طبيعة المسؤولية المترتبة عن الخطأ الطبي . موسوعة الفكر القانوني . مجلة الموسوعة القضائية الجزائرية. دار الهلال للخدمات الإعلامية . ص 77.

déterminée هو التزام بتحقيق نتيجة تتمثل في سلامة المريض , وإذا كان الالتزام ببـذل العناية يقوم على معيار الاحتمال فإن هذا الالتزام نجد فيه غيابا لهذا المعيار و هذا لكون هذا الالتزام يفرض على الطبيب أن لا يعرض المريض لأي أذى من جراء مـا يسـتعمله مـن أدوات و أجهزة عند إستعماله للتركيبات الصناعية الحديثة و الأدوية التي تلقاها المريض من ذوي المعارف المهنية أو ما ينقل لهذا المريض من الدم إلى جانب التحاليـل الطبيـة التـي تجرى على أعظم مخلوق.

أ) استعمال الأدوات و الأجهزة الطبية

إن التوسع في تفسير أحكام المسؤولية الناشئة عن الأشياء, و قيام مسؤولية حـارس الشيئ التي تلحق الغير بسبب هذه الأشياء أو بمناسبتها كان له الأثرا الواضـح فـي نطـاق المسؤولية الطبية ، فعلى الطبيب التزام بمعاينة و فحص الآلات التي يستعملها و يقع عليـه التزام استعمال الآلات السليمة التي لا تلحق أضرارا بالمريض ، و أن التزامه بتحقيق نتيجة له حد كبير إذ لا يعفي الطبيب من المسؤولية حتى لو كان العيب الموجود بالآلة يرجع إلـى صنعها و يصعب كشفه , إلا إذا أقام الدليل على أن الضرر يرجع إلى سبب أجنبي لا دخـل له فيه ، حيث تمتد مسؤولية الطبيب لتشـمل الأضرار التي تصيب المـ ـ ـ ـريض نتيجـة سقوطه من فوق منضدة الفحص بسبب هبوطها المفاجئ أو عند صعوده أو نزوله منها [(1)].

و رغم أن مسؤولية حارس الشيئ تدخل في إطار المسؤولية التقصيرية إلا أننا نرى تأسيس المسؤولية الطبية إلى قواعد المسؤولية العقدية و ليس المسؤولية التقصيرية المستمدة من فكرة الحراسة حيث لا يجوز الجمع أو الخيرة بين المسؤوليتين بل تسـتبعد المسـؤولية التقصيرية من مجال العقود ، و حيث أن العلاقة التعاقدية قائمة بين المريض و الطبيب فإنه يحتج بقواعد المسؤولية العقدية [(2)].

ب) تركيـ ـ ـ ـ ـب الإنسان

و نعني به الجانب التقني أين يلتزم الطبيب بتحقيق نتيجة, و هي ضـمان سـلامة الجهاز أو العضو الصناعي ودقته و مناسبته لفم المريض ، أما العمـل الطبـي البحـت ذو الطبيعة العلاجية فيدخل ضمن الالتزام ببذل العناية ، كما يسأل طبيب الأسنان عـن الآلات و الأجهزة التي يستخدمها إذا ما ترتب عنها أضـرارا للمريض فهنا هـو ملتـزم بسـلامة المريض ، بمعنى أنه إذا وجب على الطبيب أن يلتزم بنتيجة مقتضاها سـ ـ ـلامة الإسـنان و ملاءمتها لفم المريض فإنه يلتزم ببذل العناية تكمن في بذل الجهـود الأمنيـة و اليقظـة conscienciеux et attentifs في وضع و صيانة الطقم ، و يفرض عليه كذلك التزامـا بتحقيق نتيجة محلها تقديم العلاج بالشكل و الوصف و الحالة التي يمكـن معهـا أن تـؤدي وظيفة الأسنان الطبيعية.

و يسأل طبيب الأسنان أيضا عن الآلات و الأجهزة التي يستخدمها إذا مـا ترتـب عليها أضرارا للمريض فيلتزم بسلامة المريض في تنفيذه لالتزاماته, و يسأل عن الأضـرار التي سببها له عند قيامه بعملية العلاج ، فقد أدين طبيب الأسنان عن الأضرار التي أصـابت

---

(1): paris 04 nov 1963 D 1964. 13 .

(2): أنظر : محمود حسين منصور . مرجع سابق . ص 161 و 162 .

المريض بسبب انقلاب آلة من يد الطبيب أثناء عملية العلاج فخرقت لسان المريض فمزقـت أغشية فمه [1].

ج)تقـــــــــديم الأدوية

يقوم الطبيب بتنفيذ التزامه المتمثل في تشخيص المرض و إعطاء وصف له بغيـة الوصول إلى العلاج أو الحد من الآلام و التخفيف منها و هذا يدخل ضمن الالتـزام ببـذل العناية و تقوم مسؤوليته إذا ثبت تقصيره أو إهماله في اختيار الدواء.

إلا أن الطبيب قد يقوم بتقديم – مناولة – الدواء مباشرة للمريض فـي عيادتـه أو مستشفاه الخاص ، فهنا يقع على الطبيب بالإضافة إلى التزامه العام السـابق ببـذل العنايـة التزاما آخر بالسلامة يكمن في عدم إعطاء المريض أدوية فاسدة.

د)عـــمل الصيـــدلي

يقوم الصيدلي بعمل محدد يتمثل في تقديم أو بيع أدوية صالحة لا تشكل بطبيعتهـا خطرا على حياة المريض إذا ما تناولها.

أما إذا باع الصيدلي مواد صيدلانية انتهت مدة صلاحيتها, وصارت بطبيعتها سامة فيسأل الصيدلي هنا على أساس عرض مواد صيدلانية أو غذائية فاسدة [2].

تقوم مسؤولية الصيدلي في حالة ما إذا اقتصر دوره على بيع الأدوية التي تورد له من الصانع إذ أنه بإستطاعته من الناحية العلمية على التحقق من سلامة الأدوية التي سـلمت له لغرض بيعها للمرضى.

و يقوم الالتزام ببذل العناية بالنسبة للصيدلي إذا ضمن سلامة الأدوية التي يبيعها أو يركبها , إلا أنه لا يضمن فعالية الأدوية و مدى نجاحها في العلاج , و تقوم مسؤوليته كذلك إذا ما قام ببيع الدواء مباشرة للمريض دون أمر من الطبيب ، و يستوي في هذا الصـدد أن يكون الصيدلي قد قام بنفسه باختيار الدواء و إعطائه للمـريض دون أن يكـون المـريض قد طلب هذا النوع من الدواء بالذات.

هـ)التلقيـحات و التحاليل

بخصوص التلقيح la vaccination فإنه يقع على عاتق القائم به التـزام سـلامة المريض بحيث يجب أن يكون المصل سليما لا يحمل للشـخص عـدوى المـرض ، فهـذا الالتزام بالعناية ينبغي أن يبذل القائم به الجهود و اليقظة وفق الأصـول العلميـة و يكـون الالتزام بتقديم هذا التلقيح التزاما بتحقيق نتيجة في صورة ما إذا كـان التلقـيح إجباريـا ، فمثلا : الأطفال الصغار تكون الدولة متكفلة بهم إلا أنها تكون مسؤولة إذا ما ترتب إخـلال بهذا الالتزام.

---

[1] : أنظر : paris 04 mai 1963 j.c.p.1963 . 2 . 13291

[2] : أنظر : احسن بوسقيعة . الجرائم الملحقة بجريمة القتل . محاضرة ملقاة على الطلبة القضاة. المدرسة العليا للقضاء. دفعة 14.

ر)نقـ ـ ـ ـ ـل الدم *la transfusion sanguine*

يكون الالتزام فيه إلتزاما بتحقيق نتيجة و يتم العمل بنقل الدم النقي للمريض و الذي يوافق فصيلته غير مسببا للعدوى ، و نفس الالتزام ينطبق على بـاقي الأعمـال الأخـرى كالغلوكوز و السيروم و كذا إجراء التحاليل الدموية و البولية [1].

المبحث الثاني : الطبيعة القانونية للمسؤولية المترتبة عن الإخلال بالعقد الطبي و كيفية إنهائه

حتى ينتج العقد الطبي آثاره يجب أن يقوم على الأركان الواجب توافرها لقيام كل عقد و أن العقد الطبي و نظرا لخصوصياته في جانب طرفيه – أو أطرافه – فيلتزم أن يقوم كل طرف بتنفيذ التزاماته على أتم وجه, فالمريض يقوم بإعلام طبيبه عن طبيعـة المـرض الذي يعاني منه و يساعد الطبيب في إيضاحه بكل صدق ليسـ ـهل عمل الطبيب و يقـدم الأتعاب مقابل عمل الطبيب الذي التزم بوصف العلاج أو تـدخل فـي إسـعاف مريضـه و استمر في مراقبته حتى يشفى تماما.

[1] : أنظر : جميل صالح . مرجع سابق . ص 79.

لكن قد لا يلتزم المتعاقدان بهذه الالتزامات و خاصة من جانـب الطبيـب و أمـام التزامين ببذل العناية – المبدأ العام – و تحقيق نتيجة قد يقع في خطأ طبي - بمفهوم الخطـأ طبعا – مما يترتب عنه قيام المسؤولية و سأبيـن طبيعتها و أركانها و جزاء من تسبب فـي قيام الخطأ (المطلب الأول) أمـا إذا قـام العـــقد الطبـي و قـام بكـل أركانـه ونفـــذت كل التزاماته فإنه سوف تنتهي هذه العـــلاقة إذا ما نفذ كل طرف التزامه, أما إمتنع أحد أطراف العقد عن تنفيذ التزامه تخاص الطرف الآخر من التزامه عن طريـق الفسخ (المطلب الثاني).

المطلب الأول : الطبيعة القانونية للمسؤولية المترتبة عن الإخـــلال بالتزامات أطراف العقد الطبي

بادئا ذي بدء لا بد من أن نبيـن الفرق الموجود بين المسؤولية الطبية في القطـاع العام و القطاع الخاص ، فعلاقة المريض بالمستشفى العام هي علاقة لائحية ، علاقة المنتفع بخدمة عامة بالمرفق الصحي و الخدمات التي يؤديها هذا المرفق ، و أكثر من ذلك لا يوجد عقد بين الطبيب الممارس في مستشفى عام و المريض الذي ينتفع بخدمته فهي ليست علاقة عقدية بل هي من طبيعة إدارية و من ثم لا يمكن إقامة مسؤولية المستشـفى علـى أسـاس المسؤولية العقدية (1) و لذلك يتجه القضاء عند الحكم بالتعويض إلى تطبيق قواعد المسؤولية الإدارية عند تحديد مسؤولية المستشفى العام عن الضرر الذي يصيب المـريض , و لكـن الأمر يختلف بالنسبة لمسؤولية المستشفى الخاص حيث يحكم العلاقة بينه و بين المريض عقد الاستشفاء و المنعقد بينهما.

لقد أثير التساؤل في الفقه و القضاء حول طبيعة المسؤولية الناجمـة عـن إخـلال الطبيب بالتزاماته فهل هي مسؤولية مدنية أم جزائية ؟

لقد نصت المادة 124 من التقنين المدني أنه " أي عمـل يرتكبـه المـرء بخطئـه و يسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتـعويض " ، و رجوعـا للقـوانين الخاصة " الطبيب أو جراح الأسنان مسؤول عن كل عمل مهني يقوم بـه ... " (2) و نـص كذلك " الطبيب يلتزم بعدم تعريض صحة المريض لخــطر لا مبرر لـه مـن خـلال فحوصه الطبية أو علاجه " و عليه يكون الطبيب مسؤولا مدنيا و تكون مسـؤوليته عقديـة و تقصيرية.

المسؤولية العقدية تنشأ عندما تربط الطبيب بالمريض علاقة عقدية فينشأ الخطأ عند الإخلال بالتزام ناتج عن العقد الطبي المبرم بينهما و يؤدي هذا الإخـلال إلـى الإضـرار بالمريض [3]. أما التقصيرية فتنشأ عن إخلال الطبيب بالتزام قـانوني و هـو التـزام بعـدم

---

(1) : أنظر : قمراوي عزالدين . مفهوم التعويض الناتج عن حالات المسؤولية الطبية في الجزائر . موسوعة الفكر القانوني . الملف : المسؤولية الطبية . مجلة الموسوعة القضائية الجزائرية . دار الهلال للنشر و التوزيع. ص 47 .

(2) : أنظر : المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم : 92-276 . مرجع سابق .

(3) : أنظر : المادة : 54 و ما يليها من التقنين المدني الجزائري .

الإضرار بالمريض ويعتبر المضرور شخصا أجنبيا على الطبيب لا يرتبط معه بـأي عقـد فقد يقوم الطبيب بعلاج شخص فاقدا للوعي دون إعلامه أو إعلام أسرته أو في حالة تجـاوز الالتزامات العقدية عندما يتعاقد المريض مع الطبيب على إجراء عمليـة ، و بعـد أن يبـدأ الطبيب إجراء العملية يجد أنه من الضروري إجراء عملية أخرى دون إعلام المريض بهـا ففي هذه الحالة فإن العملية الأولى تخضع لأحكام المسؤولية العقدية ، بينما العمليـة الثانيـة غير المتعاقد عليها فإنها تخضع لأحكام المسؤولية التقصيرية و يكون ذلك في حالـة انعـدام الرضا أو الضرر المستقل عن العمل الطبي كسقوط المريض من طاولة العمليات أو سقوطه من السرير ، فيمكن لهذا المريض رفع دعواه ضد الطبيب إلا أن قبول هذه الدعوى يكـون بتوافر أركان المسؤولية العقدية و هي :

الفرع الأول : أركان المسؤولية العقدية

I) الخـــطأ الطـــبي

قلنا فيما سبق أن الالتزام الذي يقع على عاتق الطبيب كمبدأ عام هو التـزام ببـذل عناية و أن هناك حالات معينة يقع فيها التزام على الطبيب بتحقيق نتيجة ، فـالالتزام ببـذل العناية يقتضي من الطبيب بذل الجهود الصادقة و اليقظة التي تتفق مـع الأصـول العلميـة الثابتة فالإخلال بمثل هذا الالتزام يشكل خطأ طبيا يثير مسؤولية الطبيب ، فالخطأ الطبي هو تقصير في مسلك الطبيب إذا أخذنا بالمعيار العام أو المعيار الموضوعي الذي يقيس الفعـل على أساس سلوك معين لا يختلف عن حالة إلى أخرى و على القاضي في سبيل تقدير الخطأ الطبي مقرنة سلوك الطبيب المخطئ مع سلوك طبيب آخر من نفس المسـتوى مـع الأخـذ بالظروف الخارجية التي تحيط بالشخص وقت حدوث الفعل كحالة المريض الخطيرة و مـا يتطلبه ذلك من إسعافات سريعة و إمكانيات خاصة قد لا تكون متوفرة .

و تتعدد صور الخطأ الطبي و التي تكون في بداية العلاج و أثنائه و فـي نهايتـه كذلك .

1/ رفض علاج المريض

إن العقد الطبي هو علاقة تعاقدية بين المريض و الطبيب و لا يوجد نـص يلـزم الطبيب بتقديم العلاج للمريض الذي يطلب المساعدة ، غير أن هذه الحرية ليسـت مطلقـة فهناك واجب إنساني و أدبي على الطبيب اتجاه المريض و تقديم المساعدة لعمل السلطات[1] إلا أنه يوجد التزام على الطبيب بقبول العلاج كلما طلب منه ذلك, فهذا الالتزام يتحدد بنطاق معين و بظروف معينة و تقوم مسؤولية الطبيب كذلك إذا انقطع عن تقديم العلاج للمـريض

---

[1] : أنظر : المادة : 10 من المرسوم التنفيذي رقم / 92-276 . مرجع سابق .

في وقت غير لائق و غير مبرر, و لا يتحلل الطبيب من المسؤولية إلا إذا أقام الدليل علـى وجود القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ أو خطأ الغير [1].

2/ تخلّف رضا المريض

تنص المادة 52 من المرسوم التنفيذي رقم : 92-276 على أنـه "يتعـين علـى الطبيب أو جراح الأسنان المطلوب منه تقديم العلاج لقاصر أو لعاجز بالغ أن يسعى جاهـدا لإخطار الأولياء أو الممثل الشرعي و يحصل على موافقتهم " فالأصل رضا المريض البالغ و موافقة الأولياء أو الممثلين الشرعيين, كما نصت على ذلك المادة أعـلاه ، و أن الرضـا ركن لقيام العقد الطبي و أنه يغيب في حالات و لا يكون فيها إلزامي و مثاله ما قضت بـه المحاكم الفرنسية من أن جراحا أثناء قيامه بعملية استئصال الزائدة الدوديـة قـد لاحـظ أن مبايض المريضة ملتهبة فاستأصلها دون أخذ رضـاها , فقامـت مسـؤوليته تبعـا لـذالك أما فيما عدا هذه الحالات فإن تخلف رضا المريض يعتبر خطأ طبيا ، فتخلف رضا المريض قد يأخذ صورة رفض المريض للعلاج.

المبدأ رضا المريض بالتطبيب أو العلاج, لكن هل يسأل الطبيب أمام هذا الرفض ؟ هنا لا بد من الرجوع إلى حالة المريض ذاتها فإذا كان تدخل الطبيب ضروريا تستدعيه حالة المريض فلا بد عليه- الطبيب- حتى يتخلص من المسؤولية أن يثبت رفض المريض للعلاج كتابة.

3/ امتناع الطبيب عن الإعلام

إن امتناع الطبيب عن إعلام مريضه كليا نادرا ما يقع و إن ما يحدث غالبـا هـو إعلام المريض بطريقة معيبة و يكون هذا الخطأ في صورة :

أ/ إخفاء بعض المعلومات عن المريض

و يعتبر الطبيب مخلا بالتزامه بالإعلام إذا كتم بعض المعلومات عن المريض سواء تعلّق ذلك بمرحلة التشخيص كإخفائه لحالة مرضه أو لخطورة حالته و قد يقع الخطأ كـذلك في مرحلة العلاج كإخفائه للآثار السلبية المترتبة عن العلاج [2] و يعتبر هذا التصرف خطـأ من جانب الطبيب لأنه يقضي على الثقة الواجب توافرها بينه و بين المـريض مـن جهـة و يجعل المريض جاهلا لحقيقة مرضه و العلاج المطبق عليه من جهة ثانية ، و هـذا مـا أكدته محكمة باريس في حكم أصدرته في هذا الخصوص[3] و هذا الإخفاء قد يكون كليا و قد يكون جزئيا.

فيكون الإخفاء كليا إذا التزم الطبيب الصمت اتجاه المريض في كل ما يتعلق بحالته الصحية ؛ بينما يكون جزئيا إذا أخفى عن المريض بعض المعلومات أو قدم له معلومـات غير كاملة ، و قد تناولت محكمة بوردو الإخفاء الجزئي في حكم لها حيث أن الطبيـب قـام

---

[1] : أنظر : محمد حسين منصور . مرجع سابق. ص 32 .
[2] : أنظر : سعيدان أسماء . مرجع سابق .ص 68 و 69 .
[3] : أنظر : cour de paris . 11/03/1966 j.c.p 1966 .II. 14716

بتبصير المريضة بصورة غير كاملة حيث ذكر لها بعض المعلومات و أخفى بعضها ، و قد قررت المحكمة أن الإخفاء الجزئي يشكل خطأ يستوجب المسؤولية [1].

ب/ تقديم معلومات كاذبة

قد يتخذ الخطأ في الإعلام أيضا صورة تقديم الطبيب لمريضه معلومـات كاذبـة ، و الكذب ينقسم إلى نوعين : كذب مشروع و كذب غير مشروع ، فالكذب الذي يهدف إلـى تحقيق مصلحة المريض حفاظا على توازنه النفسي بطمأنته و عدم ترويعه حتى يستفيد مـن العلاج استفادة كاملة فهنا يمكن اعتبار أن هذا الكذب مشروع و بالتالي يعفي الطبيـب مـن المسؤولية إذا قام به, أما النوع الثاني من الكذب فهو الكذب الذي يهدف إلى تشويه الحقيقـة للمريض بإخفاء بعض المعلومات عنه لمصلحة الطبيب و ذلك بإرغام المريض على قبـول العلاج بطريقة غير مباشرة أو بالزيادة في مخاطر مرضه ومدى أهمية التدخل الطبي ، مثلا لإرغام المريض على قبول الخضوع للجراحة.

و قد طبقت محكمة النقض الفرنسية هذا المبدأ في حكم أصـدرته قـررت فيـه أن الطبيب قد ارتكب خطأ جسيما ترتب على ذالك مسؤوليته و ذلك عندما قام بتغييـر نتيجـة التحليل الذي تمت في المخبر كي يدفع المريض إلى قبول العلاج [2].

3/ الخـــطأ في التشخيص

يفترض في الطبيب الذي يشغل هذه المهنة نوعا من المعرفة التي اكتسـبها حتـى أصبح يلقب بهذا الاسم و أنه مر بمراحل دراسية متعددة كذلك [3] و على هذا تثار مسـؤولية هذا الأخير إذا كان الخطأ منطويا على جهل و مخالفة الأصول العلمية الثابتة و التي يتحـتم على كل طبيب الإلمام بها.

قلت أن عملية التشخيص هي تحديد خصائص المـرض و أعراضـه و أسـبابه ، و نظرا لكون هذه المرحلة صعبة نظرا لتشابه الأمراض و اختلاطها فـلا تثـار مسـؤولية الطبيب إذا تعلق التشخيص بحالة من الحالات التي كثيرا ما يقع بشأنها الأخطـاء كصـعوبة اكتشاف مرض السل في بدايته في الوقت الذي يكون فيه المصاب بصحة جيدة.

كما لا يسأل الطبيب إذا كان الخطأ في التشخيص راجع إلى ترجيح الطبيب لـرأي علمي على آخر أو الطريقة في التشخيص على طريقة أخرى.

و تثار مسؤولية الطبيب إذا كان الخطأ يشكل جهلا واضحا بالمبادئ الأولية للطـب المتفق عليها من قبل الجميع و التي تعتبر الحد الأدنى الذي يتفق مع أصول المهنة الطبيـة ، أما إذا كان الخطأ ينطوي على إهمال واضح من قبل الطبيب لا يتفق مع مـا جـرى عليـه العمل في مثل هذه الحالات كذلك تقام مسؤولية الطبيب إذا كان خطأه في التشخيص راجـع إلى عدم استعمال الوسائل العلمية الحديثة التي اتفق على استعمالها الطب الحـديث وتثـور

---

(1) : أنظر : Bordeaux 08 mars 1965. GAZ PAL 1965/II/264

(2) : أنظر : cass. civ. 28/12/1954 . Dalloz 1955/I/296

(3) : أنظر ما تمّ ذكره فيما يخص أهلية الطبيب .

مسؤولية الطبيب إذا ما استخدم الطبيب وسائل مهجورة و طرق لم يعد يعترف بها علميا في هذا المجال [1].

4/ الخطأ في وصف العلاج و مباشرته

عندما يشخص المرض يقوم الطبيب بوصف العلاج للمريض و عـادة مـا يقـدم الطبيب وصفة لمريضه تحتوي على عدة بيانات واضحة و يجب أن تكون الأدوية المقدمـة معتمدة من وزارة الصحة [2] و تثار مسؤولية الطبيب إذا اتضح أنه باشر العلاج عن إهمال و لا مبالاة و دون إتباع الأصول و المعارف الطبية المتعارف عليها [3].

5/ الخطأ الطبي من خلال العمليات الجراحية

يجب أن تجرى العملية الجراحية برضا المريض إلا في حالة الضرورة أي الحالـة التي تقتضي إنقاذ حياة المريض ، و يجب أن يكون في وضع لا يسمح له بالتعبير عن رضاه و إذا ما تخلّف هذا الرضا أو كان من الضروري تدخل الطبيب و لم يتـدخل, تحمـل هـذا الأخير كل النتائج الضارة حتى و لو بذل العناية المطلوبة , إذن فبعد أخـذ الرضا لا بـد على الطبيب و قبل البدء في العملية الجراحية القيام بفحص شامل حسـب حالـة المـريض و طبيعة العملية المقبل على إجرائها فقد حكم بمسـؤولية الجـراح بسـبب عـدم اتخـاذه الاحتياطات اللازمة للتأكد من أن المريض كان قد امتنع عن الأكل قبل إجراء العمليـة [4] ، كذلك يجب معرفة حالة المريض الصحية قبل إجراء العملية مهم جـدا إذ تثـار مسـؤولية الطبيب إذا أغفل حالة يتميز بها المريض عن آخر ، فمرضى القلب مثلا ينبغي التحـفظ في وضعهم تحت البنج (التخدير) و مراقبة الكمية التي يمكن لهم تحملها.

و تثور مسؤولية الطبيب إذا ما ارتكب خطأ أثناء التدخل الجراحي إذا ثبت أنه لـم يؤد عمله الجراحي بالمهارة التي تقتضيها مهنته و بالمستوى الذي ينتظره منـه المـريض , فتقام مسؤوليته إذا ما ترك جسما غريبا في الجرح (قطعة قطن أو ضمادات أو إبـرة ...) كذلك تثار مسؤوليته عند عدم أخذ الحيطة في وضع الأجهزة الخاصة بغرفة العمليات علـى أحسن وجه ممكن.

و حتى ينفذ الطبيب إلتزامه المتمثل في تقديم العلاج للمريض لا بد له من أن يلجـأ إلى الاستعانة بمن لهم أكثر خبرة كلما دعت الضرورة إلى ذلك ، و ان عمل الجـراح لا يتوقف عند نهاية العملية الجراحية بل يستمر بعدها إذا اعتبر الجراح مخطئا لعدم مراعاتـه وضع سيقان المريض في الوضع المناسب الذي يتفق مع العملية الجراحية التي أجراها لـه بالأعصاب و لم يلفت نظر المريض إلى هذا [5].

إلا أننا و إن نظرنا للعمل الجراحي فهو يقام من قـبل طبيب أو عدة أطباء و يسـاعده فـي ذلك ممرضون ، فكيف تقام مسؤوليتهم هنا ؟

---

[1] : أنظر : محمد حسين منصور . مرجع سابق . ص ص 44 – 46

[2] : أنظر : المادة : 47 و 56 من المرسوم التنفيذي رقم : 92-276 . مرجع سابق .

[3] : أنظر : قرار المحكمة العليا غرفة الجنح و المخالفات . 1995/05/30 . ملف رقم : 118720 . المجلة القضائية لسنة 1996 . العدد 02 . ص 173 .

[4] : paris 04 mars 1970. G.P 1970.1.45

[5] : NIME 20.10.1953. 22

فأمام غياب نص خاص يحـدد نطاق المسؤولية لكل من شـارك فـي العمليـة الجراحية – الفريق الطبي – يكون الحل هو تطبيق القواعد العامة في المسـؤولية فيكـون الطبيب مسؤولا عن الأخطار المرتكبة و يقاسمه فيها مساعدوه و معاونوه من الأطباء و يبقى الممرضون في حكم التابعون له.

فلقد اعتبرت الراهبة التي تعمل بعيادة تابعة للجراح و التي وضعت تحت تصـرفه أثناء إجراء العملية إعتبر فيها الطبيب مسؤولا عنها كمتبوع إذا ما ارتكبت خطأ في إعطـاء الحقنة التي تسبق إجراء العملية في حضوره و تحت إشرافه [1] .

6/ الخطأ الطبي من خلال جراحة التجميل

تعرف جراحة التجميل بأنها ممارسات طبية في شكل عمليات جراحية تسعى إلـى تعديل مواصفات هيئة أو صورة الشخص و تكون هذه العملية الجراحية على نوعين :

أ/ جـــــراحة ترميمية

تهدف إلى إصلاح عاهات خلقية يولد الإنسان بهـا كالتصـاق أصـابع اليـدين أو الرجلين أو التشوهات الناتجة عن حوادث أو حروب.

ب/ جراحة تقويمية أو تحسينية

تهدف إلى تحسين المظهر و تجديد الشباب و هي تجرى في ظروف معينة و متأنية فليس هناك ما يبرر العجلة أو التسرع أو ضعف الإمكانيات ، و يكون المريض فـي حالـة تامة من اليقظة و التبصر مما يستدعي شروطا خاصة لرضـاه تبينـه الجوانـب العمليـة المرجوة.

فالقضاء الفرنسي إلى غاية سنة 1998 كان يؤكد على إعفاء الطبيب عـن إعـلام المريض بالأخطار الاستثنائية التي لا تتحقق إلا بصفة نادرة و هذا كي لا يكون هناك تـأثير سلبي على نفسية المريض مما قد يؤدي به إلى رفض الخضوع للعملية الجراحيـة و لكـن ابتداء من صدور القرار في 1998/10/07 ألغيت فكرة إعفاء الطبيب من التزامه بـالإعلام بالمخاطر الاستثنائية ، حيث أقر أن هذه الأخيرة يمكن الإعلام بها حتى لو كانت جسيمة.

فإذا كانت القاعدة العامة في المسؤولية الطبية هو أن التزام الطبيب فـي عمليـات جراحة التجميل التزام ببذل عناية يعود إلى :

- اشتراط أن يكون الطبيب على درجة كبيرة من التخصص في إجراء العمليـة المطلوبة و أن يستخدم طريقة علاجية متفق عليها و ليست محـلا للتجـارب حيث أدانت المحاكم الفرنسية طبيبا رغم ثبوت قيامـه بـالجهود و اليقظـة اللازمين بأنه لم يقدم ما يبرر فشل العملية عكس ما هو متوقع ومـا يحـدث عادة في مثل هذا النوع من العمليات.

---

[1] CIV. 15 NOV 1955 D . 1964 . 39 :

- إذا ما صرح المريض أن الطبيب لم يقم ببذل العناية الواجبـة فـإن عـبء الإثبات يقع على المريض ، إلا أنه إذا أثبت هذا المريض واقعة ترجيح إهمال الطبيب كأن يثبت أن الترقيع الذي أجراه جراح التجميل في موضع الجرح و الذي نتج عنه تشويه ظاهر بجسمه لم يكن يقتضيه السـير العـادي لعمليـة التجميل وفقا للأصول الطبية المستقرة فإن المريض يكون بذلك قد أقام قرينة قضائية على عدم تنفيذ الطبيب لالتزامه فينتقل عبء الإثبات بمقتضاها إلـى الطبيب و لكي يدرأ المسؤولية عن نفسه يجب عليه أن يثبت حالة الضـرورة التي اقتضت إجراء الترقيع و التي من شأنها أن تنفي عنه الإهمال [1] , و إن كانت تلك القرينة قائمة في كافة أنواع التدخل الطبي إلا أنها تبدو أكثر حيوية بالنسبة لعمليات التجميل حيث أن مسؤولية الطبيب هنا مفترضة كونه قد وعد المريض بنتائج طبية حتى يبرر تدخله.

II) عنـــصر الضـــــرر

يعتبر الضرر في العقد الطبي الحالة الناتجة عن عملية العلاج أو مـن جرائهـا ، فوقوع الضرر – للمريض أو لأقربائه – يعد عنصرا لازما لإثارة تلك المسؤولية و ثبوتـه يعد شرطا لازما لقيامها و القضاء بالتعـويض تبعا لذلك ، و يكون الضرر ماديـا يمـس مصلحة مالية كما قد يكون أدبيا يصيب المضـرور في قيمة غير مالية كشعوره أو عاطفته أو كـرامته ، و يشترط في الضـرر المادي أن يكـون محققا سواء كان حالا أو مستقبلا أو محتملا.

III) رابطـــة السـببية

لا يكون مجرد وقوع الضرر للمريض و ثبوت خطأ الطبيب كافيا لقيام المسؤولية بل يجب وجود علاقة مباشرة ما بين الخطأ و الضرر ، و هذا ما يعـرف بـركن العلاقـة السببية كركن ثالث لقيام المسؤولية.

و تحديد ركن علاقة السببية في المجال الطبي يعد من الأمور الشـاقة و العسـيرة الإثبات نظرا لتعقد الجسم الإنساني و تغير حالاته و خصائصـه و عـدم وضـوح أسـباب المضاعفات الظاهرة.

إلا أن هذا لا يعني عدم البحث عن مسؤولية الطبيب و خطئه ، إذ نجـد القضـاء الفرنسي يلقي التزاما على عاتق الطبيب بالتأكد من حالـة المـريض و اسـتعداده الأولـي *prédisposition physiologique* و ضعفه و ما لديه من حساسية خاصة قبل التـدخل ، و هذا لا يعفي الطبيب إلا إذا أثبت أن النتائج الضارة لتدخله تعد غيـر متوقعـة و ضـعيفة الاحتمال طبقا للمجرى العادي للأمور [2].

---

[1] : أنظر : محمد حسين منصور . مرجع سابق . ص 90 و 91 .

[2] : LYON 17 NOV 1904 S. 1907.2.233 . AMIENTS 14 FEV 1906 S.1909.2.225.note perreau.

و إذا أراد الطبيب أن يتحرر من المسؤولية فعليه أن ينفي العلاقة السببية بين الخطأ و الضرر الذي أصاب المريض الذي يعالجه , فيجب أن يثبت أن الضرر ناتج عـن خطـأ المريض ذاته أو القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ, و تعتبر القوة القاهرة حادث غير مـألوف لكونه نادر الوقوع لا يقع في ظروف عادية فهو إذن حـادث غيـر متوقـع الحـدوث أي استثنائي [1] و يبقى تقدير الوقائع في مدى توقعها من عدمه لقاضي الموضوع.

أما فيما يخص خطأ المريض ذاته يعد من أسباب إعفاء الطبيب من المسؤولية و عد هذا سببا أجنبيا و مثاله : انتحار المريض – بشرط ألا يكون مصابا بمرض عقلي – الـذي يتناول أشياء منعها عليه الطبيب بصفة صريحة و قاطعة مبينا له نتائجها ، أي أن يكون فشل العلاج راجعا إلى خطأ المريض وحده كعدم امتثاله لأوامره.

و قد تنتفي علاقة السببية نتيجة خطأ الغير كأن يكون الخطأ صادر من أحد العاملين بالمستشفى في إعطاء الدواء أو تنفيذ تعليمات الطبيب , و ما تجدر الإشارة إليه هو أنـه إذا وقع خطأ اشترك فيه الطبيب مع تابعين أو الطبيب مع المريض ذاته نكون أمام خطأ مشترك يوجب مساءلة كل من ساهم فيه أيا كان على قدر الخطأ المنسوب إليه ، و يستوي في ذلـك أن يكون سببا مباشرا أو غير مباشر في حصوله , إلا أننا لا نكون بصدد خطأ مشـترك إذا كانا أمام خطآن متميزان كل منهما أحدث أثرا مستقلا عن الآخر.

و قد ذهب القضاء الفرنسي إلى أبعد من ذلك حيث اعتبر الخطأ مشتركا بين الجراح و المستشفى بسبب موت المريض بسكتة قلبية أثناء العملية الجراحية لأن الطبيب لـم يقـم بفحص المريض من الناحية البيولوجية قبل إجراء العملية للتأكد من قابليته لتحملهـا ، و لأن المستشفى لم تتوافر به المادة المنبهة و هي "*adrénaline*" التي تستعمل في مثـل هـذه الحالات و تعتبر من الأشياء الضرورية التي يلزم تواجدها بالأماكن الجراحية.

الفرع الثاني : أثر المسؤولية المترتبة عن الخطأ في العقد الطبي

الأصل أن عبء إثبات خطأ الطبيب يقع علـى المـريض ، فـلا يحـق لقاضـي الموضوع أن يقوم بإثبات ما يجب على المريض إثباته فيتحقق القاضي من الوقـائع التـي أثبتها المضرور, و إن كان من السهل على القاضي أن يتبين بنفسه على خطأ الطبيب فيمـا يتعلق بأعماله العادية ، إلا أن ذلك يبدو عسيرا بالنسبة للأعمال الطبية التي تنتمي إلى العمل الطبي , لذلك فإن القاضي يستعين في هذا الصدد بأهل الخبرة لإبداء الـرأي فـي المسـائل الفنية ، إلا أن القاضي تبقى له الاستقلالية في التكييف القـانوني للسـلوك الفنـي للطبيـب (حتى لا يكون الخبير قاضيا) ، فالقاضي غير ملزم بالأخذ برأي الخبـراء إذا لاحـظ أن تقرير الخبرة يتعارض مع الوقائع و بالتالي ما يجب معرفته أن تقرير الخبرة المنجـز مـن قـبل الخبير ليس قطعي الدلالة.

---

[1] : يقول الأستاذ علي فيلالي (المرجع السابق) ص 302 : هناك فرق بين الحادث المفاجئ و القوّة القاهرة فهذه الأخيرة و إن كانت تشترك مع الحادث المفاجئ في أنها غير متوقعة إلا أنها ليست عامة فهي تتمثل في حادث فردي خاص بالمدين دون غيره.

إذا ما توافرت أركان المسؤولية من خطأ أو ضرر و علاقة سببية فإن دعوى المدعي – المريض – تكون مؤسسة لطلب التعويض عن الضرر الذي أصابه , و يجب أن يكون هذا التعويض على قدر يكفي لجبر الضرر فلا يزيد التعويض عن الضرر و لا يقل عنه ، و التعويض في المسؤولية الطبية غالبا ما يكون بمقابل *réparation par équivalent* و بصفة خاصة في صورة نقدية *réparation pécuniaire .*

و يشمل التعويض ما لحق المريض من خسارة و ما فاته من كسب و كذلك الأضرار الأدبية التي لحقته ، إلا أن الضرر الذي يعتد به الضرر المباشر, و القاضي يعمل على تقدير التعويض بحسب قيمة الضررالواقع في الوقت الذي تم فيه إصلاحه على الأقل وقت تحديد التعويض ، و على هذا فإن المسألة الجوهرية التي يرتبط بها تحقيق الهدف من التعويض تتعلق بتحديد وقت تقدير قيمة الضرر, و لقد استقر القضاء الفرنسي و أيّده في ذلك الفقه على أن يقدر التعويض يوم النطق بالحكم سواء في عناصره المكونة أو في قيمته النقدية ليكون التعويض جابرا للضرر في كل عناصره و وفقا لقيمته يوم النطق بالحكم.

و التعويض لا يكون إلا عن الضرر المباشر و المتوقع وقت التعاقد [1] باستثناء حالتي الغش و الخطأ الجسيم ، و يراعى في تقدير التعويض الظروف الملابسة بالعقد و الأخذ بعين الاعتبار مدى حسن نية الطبيب و رغبته في إنقاذ المريض و كذلك الحالة الصحية التي يوجد فيها المريض و جميع تطورات و طبيعة التدخلات العلاجية [2] .

المطلب الثاني : إنهاء العقد الطبي

بالإضافة إلى ما ذكر بخصوص آثار العقد الطبي كونه يرتب التزامات على الأطراف المتعاقدة – متقابلة و متبادلة – فإن من آثاره نجد القوة الإلزامية له بحيث يعمد كل طرف له إلى تنفيذ التزامه ، و إذا ما نفذ خلصت الغاية من إبرام العقد و لكن ما هو شكل الالتزام ؟ و كيف يجب أن يكون حتى ينفذ العقد على أكمل وجه ؟ و ماذا يترتب إن تخلّف شكل أو شرط من شروط تحقيق الإلزامية ؟

الفرع الأول : إنتهاء العقد الطبي بعد تنفيذ موضوعه

يخضع العقد الطبي رغم أنه عقد ذو طبيعة خاصة – غير مسمى – إلى الأحكام التي تضبط إنهاء العقود العامة نفسها فهو يخضع إلى مبدأ العقد شريعة المتعاقدين [3] فلا يجوز للمتعاقدين – المريض و الطبيب – تعديل العقد دون اتفاق حيث لا يستطيع المتعاقد أن يتحال من قيود العقد بإرادته المنفردة ، كما لا يمكنه أن يدخل تعديلات على بنوده أيا كان نوعها و أهميتها فالقانون من وضع المشرع و له وحده دون غيره صلاحية نقض و تعديل

---

(1) : أنظر : المادة : 182 من التقنين المدني الجزائري .
(2) : أنظر : J- FRANCOIS SEGARD / ANNABEL TRIBOULET. Article précité . p 03.
(3) : أنظر : المادة : 106 من التقنين المدني الجزائري .

هذا القانون , و يكون الأمر مماثلا بالنسبة للعقد فهو من وضع المتعاقدين عن طريق الإتفاق فلا يستقل أحدهما بنقضه أو تعديله بمفرد .

و حتى يكون العقد قابلا للتنفيذ وجب على المتعاقدين أن يتحلّوا في التزامـاتهم بالثقـة وفقا لمضمون العقد كله , لذلك وجب تنفيذ الالتزامات الملقاة على عاتق كل طـرف وفـق الشروط المتفق عليها و وفقا لمستلزمات العقد من عرف إلى حد أنه يصبح ملزما للأطراف المتعاقدة إذا ما تم الشعور بإلزاميته بعد تكراره و نفذ وفقا لحسن النية المفترض فـي كـلا المتعاقدين و هذا بتنفيذ كل طرف التزامه بإخلاص , بحيث يمتنع المتعاقدين عن كل غش أو تدليس يجعل الالتزام عسيرا أو مستحيلا (1) .

الفرع الثاني : إنتهاء العقد الطبي عن طريق الفسخ

ذكرت فيما سبق أن العقد الطبي يعتبر عـقدا ملزما لجانبين ، و من خصـائص هذه العقود أنها قابلة للإنـهاء بطريق الفسخ ، فلقد نصت المادة 1/119 من التقنين المدني على شروط الفسخ و هي :

- أن نكون بصدد عقد ملزم لجانبين ؛
- عدم وفاء أحد المتعاقدين بالتزاماته ؛
- أن يكون طالب الفسخ قد نفّذ التزامه أو مستعدا لذلك .

إلا أن طالب الفسخ يستبعد طلبه من المريض الذي يعتبر في مركز ضعيف بالنسـبة إلى مركز الطبيب الذي يعتبر حرا في أن يترك المريض وينسحب من معالجته شـرط أن لا يتركه و هو في وضعية حرجـة أو خطيـرة دون أن يضـمن لـه المعالجـة الطبيـة (2). كما أن القواعد المنظمة لمهنة الطب مكنت الطبيب و جراح الأسنان من التحرر من مهمتهما شرط أن يضمنا مواصلة العلاج (3) و إلا تعرض إلى عقوبات جزائية (4).

و يفسخ العقد الطبي كغيره من العقود الملزمة لجانبين عن طريق الإتفاق – الفسـخ الإتفاقي و هذا بوضع الشرط المسمى شرط الفسخ الإتفاقي أو الشرط الفاسخ الصـريح دون حاجة إلى حكم قضائي بالصيغ المذكورة في المادة 120 من التقنين المـدني الجزائـري – على أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه ودون حاجة إلى حكم.

كما يفسخ العقد الطبي عن طريق الفسخ القضائي و هذا هو فحوى المـادة 1/119 من التقنين المدني " في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوفّ أحد المتعاقدين بالتزامـه جـاز للمتعاقد الآخر بعد إعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحـالتين إذا اقتضى الحـال ذلك ", و ليس من الضروري إعذار المـدين قبل رفع دعوى الفسخ ، إذ أن رفع الدعوى وحده يعد إعذارا له.

(1) : أنظر : علي فيلالي . مرجع سابق . ص ص 295 - 297

(2) : أنظر : قرار المحكمة العليا (غرفة الجنح و المخالفات) بتاريخ 1995/12/26 . ملف رقم : 128892. المجلة القضائية .العدد 02 سنة 1996 ص 182.

(3) : أنظر : المادة : 50 من المرسوم التنفيذي رقم : 92-276 . مرجع سابق .

(4) : أنظر : المادة : 182 من قانون العقوبات.

كما يجوز للقاضي أن يفسخ العقد اعتمادا على مصلحة الأطراف إذا تبين أن الفسخ لا يضمن حقوق طرف ما ، كما له أن يعطي للطرف الآخر مهلة إذا ما نفّذ المتعاقد جـزءا كبيرا من التزامه و بقي التزام قليل إذا ما قورن مع الذي نُفـّذ .

خاتمة

لعلي بذكري لبعض القواعد المبينة للطبيعة القانونية للعقد الطبي ومدى اعتباره عقدا خاصا و بالنظر إلى محله وسببه والأكثر من ذلك إذا نظرنا إلى ركن التراضي الذي نجـده في التزامات كل من المريض والطبيب التي يجب أن تخضع للقانون فقـط، ولا يجـــوز الخروج عنها حتى يتحقق الغرض من إبرام هذا العقد الذي أضحى اليـوم يكتسـي طابعـا خاصا، وهذا راجع للصفة التي منحت له من قبل القضاء الفرنسي .

بالمقابل نجد أن الإخلال بالعقد بوصفه مصدرا إراديا من مصادر الالتـزام يرتـب المسؤولية المدنية في صورتها العقدية في مجمل الأحيان، وهذا لا يعني عدم قيام المسؤولية التقصيرية كذلك استثناء، وعلى هذا النحو يستطيع كل من أطراف العقد الطبي أن يلجأ إلـى القضاء للمطالبة بحقه الذي يحميه القانون مطالبا جبر الضرر الـذي أصـابه إزاء إخـلال الطرف الآخر عن تنفيذ التزاماته المقررة قانونا متبعا القواعد العامة – في إطار غياب قواعد خاصة تتعلق بهذا العقد الحديث – في المسؤولية المدنية.

وأمام ظهور القطاع الخاص في العلاج والذي يبرز العلاقة العقدية بصفة واضحة، أصبح للمريض بوصفه الطرف الضعيف في العقد معرفة جيدة في رفع دعواه أمام القضـاء ضد هذا الطبيب مطالبا جبر الضرر الذي أصابه جراء خطأ هذا الأخير متبعـا فـي ذلـك القواعد العامة في الإثبات حتى يتحصـل على حكم قضائي في صالحه يـُلزم من تسبب في الضرر بجبره، وحتى لا يبقى هذا المريض – أو من ينوب عنه – ضحية للأخطاء الطبيـة التي أصبحت وللأسف الشديد كثيرة الإنتشار، ومرد ذلك إلى خوف المريض الذي أصبح – ولجهله – لا يثق في العدالة رغم أنه لا يعلم أين يوجه دعواه أمام القسم المدني أو الجزائي؟. ولعلّ الأمر يعود إلى عدم وجود نصوص حديثة العهد مبرزة حقوق وواجبات أطراف العقد الطبي، بل أن فكرة العقد الطبي ما زالت لم تفهم من قبل رجل القانون، فما بالكم بـالمريض

الذي يعاني من سقمه الذي ربما تضاعف عند لجوئه للطبيب، فمن الأحـرى بالمشـرع أن يضبط هذه العلاقة العقدية وأن يستحدث قواعد تواكب التطور الرهيب للطب الحديث.

وأمام كثرة الأخطاء الطبية في مرحلة الفحص أو الجراحـة أو مرحلـة مـا بعـد الجراحة أو حتى متابعة صحة المريض المستقبلية، يجب أن يعاد النظر فـي تكـوين مـن يمارس مهنة الطبيب حتى نقوم بإصلاح هذا القطاع و بأسـرع وقـت ممكـن لأن صـحة المريض يجب أن تبقى فوق كل اعتبار، وإذا أصلحنا هذا القطاع يقوم المتضرر مـن هـذا العقد – المريض - باللجوء إلى القضاء للمطالبة بحقه أمام مرفق العدالة الذي هو في طـور الإصلاح، فكيف يفهم طلبات المتضرر وكيف يكيفها القاضي الكفؤ الـذي يقـدر مصـلحة أطراف العقد - المريض ذو المعرفة الصحيحة بحقوقه والطبيب المتكون تكوينا صـحيحا - وعليه نحقق مصطلح القاضي القاضي والطبيب الطبيب بالمعنى الحقيقي للمصطلحين وليس هذا طبيب وهذا قاضي !! .

قائمة المراجع

باللـــــغة العـــربية :

المراجع العامة:

1- القرآن الكريم.
2- احسن بوسقيعة . الوجيز في القانون الجنائي الخاص – الجرائم ضد الأشخاص و الجرائم ضد الأموال . الجزء الأول . دار هومة . الجزائر . 2003.
3- السنهوري عبد الرزاق أحمد . الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الالتزام بوجه عام – مصادر الالتزام .الجزء الأول . دار إحياء التراث العربي . لبنان .
4- الشرقاوي جميل . النظرية العامة للالتزام .الكتاب الأول . مصادر الالتزام . دار النهضة العربية . القاهرة . 1984.
5- أنور سلطان . المبادئ القانونية العامة . دار النهضة العربية . القاهرة . 1978.
6- فيلالي علي . النظرية العامة للعقد . *ENAG EDITION* . 2003 .
7- محمد صبحي نجم . شرح قانون العقوبات الجزائري – القسم الخاص – ديوان المطبوعات الجزائرية . الجزائر . 2000 .
8- مرقس سليمان . الوافي في شرح القانون المدني – الالتزامات . المجلد الثاني ، العمل الضار و المسؤولية المدنية .الطبعة الخامسة . دار النهضة العربية . القاهرة . 1988.

المراجع الخاصة :

1- هدى حامد قشوش . القتل بدافع الشفقة . الطبعة الثانية . دار النهضة العربية . القاهرة . 1996 .

2- المجلات القضائية : قرار المحكمة العليا (غرفة الجنح و المخالفات) بتاريخ 26 /1995/12 ، ملف رقم 128892 ، المجلة القضائية ، العدد 02 سنة 1996.
3- الخولي محمد عبد الوهاب . المسؤولية الجنائية للأطباء عن استخدام الأساليب المستحدثة في الطب والجراحة ، دراسة مقارنة (التلقيح الصناعي، طفل الأنابيب ، نقل الأعضاء). الطبعة الأولى. دار النهضة العربية. القاهرة. 1997 .
4- جابر محجوب علي . دور الإرادة في العمل الطبي ، دراسة مقارنة . دار النهضة العربية . القاهرة . 1996 .
5- جابر محجوب علي . الرضا عن الغير في مجال الأعمال الطبية ، دراسة مقارنة . دار النهضة العربية . القاهرة . 2000 .
6- طاهري حسين . الخطأ الطبي و الخطأ العلاجي في المستشفيات العامة ، دراسة مقارنة ، الجزائر – فرنسا . دار هومة . الجزائر . 2000 .
7- عبد الحميد عدوى مصطفى . حق المريض في قبول أو رفض العلاج . (دون تاريخ ، دون دار نشر).
8- عبد الرشيد مأمون . عقد العلاج بين النظرية و التطبيق . دار النهـضة العربية . القاهرة . 1986 .
9- محمد حسين منصور . المسؤولية الطبية . دار الجامعة الجديدة للنشر . الإسكندرية . 1989 .
10- نجيدة علي حسن . التزامات الطبيب في العمل الطبي . دار النهضة العربية . القاهرة . 1992 .
11- جيلالي تشوار .الأحكام السلامية في مسائل التغيير الجنسي و الاستنساخ البشري . المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية . 1998.

الرسائل الجامعية :

1- عشوش كريم . العقد الطبي . رسالة لنيل شهادة الماجستير في الحـقوق . كلية الحقوق . جامعة الجزائر . 2000 – 2001 .
2- ماروك نصر الدين . زراعة الأعضاء البشرية . في القانون الجزائري و الشريعة الإسلامية ، دراسة مقارنة . رسالة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق . كلية الحقوق . جامعة الجزائر .1992 – 1993 .
3- ماروك نصر الدين . الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري و المقارن في الشريعة الإسلامية . أطروحة دكتوراه دولة. معهد الحقوق و العلوم الإدارية . جامعة الجزائر .1997 .
4- صوفي محمد . نظرية المخاطر كأساس قانوني للمسؤولية الإدارية من دون خطأ و تطبيقها في القانون الجزائري . كلية الحقوق . جامعة سـيدي بلعباس . الجزائر . 2001 .
5- سعيدان أسماء . التزام الطبيب بإعلام المريض . ملخص بحث لنيل شهادة الماجستير فرع العقود و المسؤولية . كلية الحقوق . جامعة الجزائر . 2003.

المقـــــــــالات:

1- بن محمد ، ص . حقوق الانسان و أصولها الدولية و الوطنية و الإسلامية . موسوعة الفكر القانوني . مجلة الموسوعة القضائية الجزائرية. دار الهلال للخدمات الإعلامية . حيدرة . الجزائر.
2- بداوي علي . موسوعة الفكر القانوني . مجلة الموسوعة القضائية الجزائرية. دار الهلال للخدمات الإعلامية . حيدرة . الجزائر.
3- بوجمعة صويلح . المسؤولية الطبية المدنية . المجلة القضائية . الجزائر . قسم الوثائق بالمحكمة العليا . العدد الأول . عام 2001 .
4- محـمد عبد الوهاب . المسؤولية الطبية الجزائية . مجلة الحقوق . السنة الخامسة . العدد الأول . عام 1981 .
5- فهر شقفة محمد . المسؤولية المدنية التقصيرية المترتبة على عمل الطبيب . مجلة المحامون السورية . السنة 36 . العدد الخامس . عام 1971 .
6- فيلالي علي . رضاء المريض بالعمل الطبي . المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية . الجزء 36 . رقم 03 . عام 1986 .
7- محمد نعيم ياسين . حكم التبرع بالأعضاء في ضوء القواعد الشرعية و المعطيات الطبية . مجلة المحامون السورية . السنة 36 . العدد الخامس . عام 1971 .
8- قمراوي عزالدين . مفهوم التعويض الناتج عن حالات المسؤولية الطبية . مجلة الموسوعة القضائية الجزائرية. دار الهلال للنشر و التوزيع .
9- شهيدة قادة . التزامات الطبيب بإعلام المريض – المضمون و الحدود و جزاء الإخلال . موسوعة الفكر القانوني . الملف : المسؤولية الطبية . مجلة الموسوعة القضائية الجزائرية . دار الهلال للخدمات الإعلامية . حيدرة . الجزائر.2001.
10- جميل صالح . طبيعة المسؤولية المترتبة عن الخطأ الطبي . موسوعة الفكر القانوني. مجلة الموسوعة القضائية الجزائرية . دار الهلال للخدمات الإعلامية . حيدرة . الجزائر.2001.

النصوص القانونية :

1- قانون رقم : 90-17 المؤرخ في 9 محرم 1411 هـ الموافق لـ : 31 جوان 1990 يعدل و يتمم القانون رقم : 88-15 المؤرخ في 16 رمضان 1408 هـ الموافق لـ : 03 ماي 1988 المعدل و المتمم للقانون رقم : 85-05 المؤرخ في 26 جمادى الأولى 1405 هـ الموافق لـ 16 فيفري 1985 المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها.
2- قانون رقم : 85-05 المؤرخ في 16 فيفري 1985 المتعـــلق بحماية الصـــحة و ترقيتها . جريدة رسمية رقم : 08.
3- المرسوم التنفيذي رقم : 106/91 المتضمن القانون الأساسي الخاص بالممارسين الطبيين العامين و المتخصصين في الصحة العمومية .

4- المرسوم التنفيذي رقم : 92-276 المؤرخ في 05 محـرم 1413 هـ الموافق لـ :
06 جوان 1992 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب .
5- التقنين المدني الجزائري .
6- القانون التجاري الجزائري .

باللـــــغة الفرنســـــــية :

المراجع الخاصة :

1- *M. HANNOUZ ; AR HAKEM : PRECIS DE DROIT MEDICAL A L' USAGE DES PRATICIENS ET DE LA MEDECINE ET DU DROIT. OPU. ALGER. 1993.*
2- *LOUIS MELENNEC. TRAITE DE DROIT MEDICAL . TOME 2 ET 5. PARIS EDITIONMALOINE.*
3- *MONZEIN. LA RESPONSABILITE MEDICALE PRESSE UNIVERSITAIRE DE France. PARIS. 1974.*
4- *PENNEAU JEAN. LA RESPONSABILITE MEDICALE. EDITION SIREY. 1977.*
5- *CHRISTIAN LARROUMENT. DROIT CIVIL. TOME 3. LES OBLIGATION-LE CONTRAT. 3eme ED. ECONOMICA. PARIS. 1996.*
6- *MICHELE HARRICHAUX RAMU . JURIS CLASSEUR-CIV-FASC.ANNEE 1993.*

المقـــــــــالات:

1- *BEKAT-BERKANI MOHAMED. LA RESPONSABILITE MEDICALE LA FAUTE ET L'ERREUR DANS L'EXERCICE DE LA MEDECINE .BULLTIN DU CONSEIL DE L'ORDRE DES MEDECINS DE LA REGION D'ALGER.N0 1.2001 .*
2- *BENCHAABANE HANIFA. LE CONTRAT MEDICAL MET A LA CHARGE DU MEDECIN UNE OBLIGATION DE MOYENS OU DE RESULTAS. R.A.S.J.E.P. VOL XXXIII. N04. 1995.*

3- *JURIS CLASSEUR. RESPONSABILITE CIVILE ART. 1382 A 1386 FARC 440-2.*

مواقع الكترونية :

- *ACTUALISATION EN MATIERE DE RESPONSABILITE MEDICALE.*
http/PRESS- WANADOO.FR/DOCPJW/INFORMED/htm . 07/04/2002.